

VU Research Portal

De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van Strafrecht)

Borgers, M.J.

2001

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2001). *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van Strafrecht)*. [, KUB]. BJU.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De ontnemingsmaatregel

Een onderzoek naar het karakter en
de voorwaarden tot oplegging van de
maatregel ter ontneming van
wederrechtelijk verkregen voordeel
(artikel 36e Wetboek van Strafrecht)

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT BRABANT, OP GEZAG
VAN DE RECTOR MAGNIFICUS, PROF. DR. F.A. VAN DER DUYN SCHOUTEN,
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN OVERSTAAN VAN EEN DOOR HET
COLLEGE VOOR PROMOTIES AANGEWEEZEN COMMISSIE IN DE AULA VAN
DE UNIVERSITEIT OP VRIJDAG 22 JUNI 2001 OM 14.15 UUR

DOOR

MATTHIAS JOHANNES BORGERS

GEBOREN OP 18 MAART 1973 TE DRONTEN

Promotores: prof. mr. M.S. Groenhuijsen
 prof. mr. R.D. Vriesendorp

Dit onderzoek is mede mogelijk gemaakt door financiële steun van de Stichting voor Recht en Openbaar Bestuur (REOB), onderdeel van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) te Den Haag.

Van dit proefschrift is een handelseditie verschenen bij uitgeverij Boom Juridische uitgevers onder ISBN 90-5454-105-9.

Inhoudsopgave

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN	xv
---------------------------------	----

AANGEHAALDE KAMERSTUKKEN	xix
--------------------------	-----

DUITSE WETTELIJKE BEPALINGEN	xxi
------------------------------	-----

HOOFDSTUK 1

Probleemstelling en verantwoording	1
---	----------

1	Probleemstelling	1
2	Onderzoeksmethode	3
	2.1 Inleiding	3
	2.2 De wetshistorische interpretatiemethode	3
	2.3 Externe rechtsvergelijking	6
	2.4 Het civiele recht (interne rechtsvergelijking)	7
3	De opbouw van dit boek	9

HOOFDSTUK 2

Het internationale raamwerk	13
------------------------------------	-----------

1	Inleiding	13
2	Het Weense verdrag	14
	2.1 De achtergronden van het Weense verdrag	14
	2.2 Verplichtingen ten aanzien van de nationale wetgeving	16
3	Het Straatsburgse verdrag	18
	3.1 De achtergronden van het Straatsburgse verdrag	18
	3.2 Verplichtingen ten aanzien van de nationale wetgeving	20
4	Andere internationale initiatieven	22
5	De internationale rechtspolitieke visie	26
6	Relativering van de internationale rechtspolitieke visie	31
	6.1 Inleiding	31
	6.2 Voordeelsontneming en preventie	32
	6.2.1 Het rechtseconomische model	32
	6.2.2 Het rechtseconomische model vanuit empirisch perspectief	38
	6.3 Voordeelsontneming en 'corrective justice'	41
	6.4 Een rationele benadering van de voordeelsontneming	48

HOOFDSTUK 3

De opkomst van de ontnemingsmaatregel **51**

1	Inleiding	51
2	De opkomst van de ontnemingsmaatregel in Nederland	51
2.1	Inleiding	51
2.2	De opkomst in het economische strafrecht	52
2.3	De opkomst in het commune strafrecht	55
2.4	De uitbreiding van en rondom de ontnemingsmaatregel	60
2.5	De rode draad	66
3	De opkomst van het <i>Verfall</i> in Duitsland	67
3.1	Inleiding	67
3.2	De opkomst in het economische (bestuurs)strafrecht	67
3.3	De opkomst in het commune strafrecht	69
3.4	De uitbreiding van het <i>Verfall</i>	71
3.5	Een eerste vergelijking	74

HOOFDSTUK 4

Het karakter van de ontnemingsmaatregel **75**

1	Inleiding	75
2	Het onderscheid tussen straf en ontnemingsmaatregel	76
2.1	Inleiding	76
2.2	De karaktertrekken van de ontnemingsmaatregel	77
2.2.1	Ontneming en leedtoevoeging	77
2.2.2	Ontneming en verwijtbaarheid	85
2.2.3	Ontneming en preventie	86
2.3	Het karakter van het (<i>erweiterte</i>) <i>Verfall</i>	89
2.4	Nadere analyse van het karakter van de ontnemingsmaatregel	94
2.4.1	Inleiding	94
2.4.2	De verwevenheid met het civiele recht	94
2.4.3	Het abstraheren van de verwijtbaarheid	99
2.4.4	Het rechtsherstel als limiet	102
2.5	(Voorlopige) definiëring van het karakter van de ontnemingsmaatregel	106
2.6	Een kritische tegenstroom?	107
3	Het karakter van de ontnemingsmaatregel en (Straatsburgse) rechtsbescherming	110
3.1	Inleiding	110
3.2	De toepasselijkheid van art. 7 EVRM	110
3.3	De toepasselijkheid van art. 6 EVRM	116
3.4	Implicaties voor het karakter van de ontnemingsmaatregel	118

HOOFDSTUK 5

De reikwijdte van de ontnemingsmaatregel	119
1 Inleiding	119
2 De vier varianten van art. 36e Sr	120
2.1 Inleiding	120
2.2 De eerste variant	121
2.3 De tweede variant	121
2.4 De derde variant	123
2.4.1 De ratio van art. 36e lid 2 Sr, derde variant	123
2.4.2 'kan worden opgelegd'	124
2.5 De vierde variant	128
2.5.1 De ratio van art. 36e lid 3 Sr	128
2.5.2 Art. 36e lid 3 Sr in detail	130
2.6 Het strafbare feit	134
3 Ne bis in idem	136
3.1 Inleiding	136
3.2 Wetsgeschiedenis	138
3.3 De strekking van het ne bis in idem-beginsel	141
3.4 Art. 68 lid 1 Sr	142
3.5 Het ongeschreven ne bis in idem-beginsel; beginselen van een goede procesorde	150
3.6 Afsluitende opmerkingen	153
4 Ontneming na niet-veroordeling	154
4.1 Inleiding	154
4.2 Wetsgeschiedenis en jurisprudentie	155
4.3 Interferenties van hoofdzaak en ontnemingsprocedure	158
4.3.1 Inleiding	158
4.3.2 Formele beletselen	158
4.3.3 Materiële beletselen	162
4.4 Strijd met art. 6 lid 2 EVRM? De zaak Zegwaard	167
4.5 De schadevergoedingsjurisprudentie van het EHRM	171
4.5.1 Inleiding	171
4.5.2 Schadevergoeding na niet-veroordeling op formele gronden	171
4.5.3 Schadevergoeding na niet-veroordeling op inhoudelijke gronden	174
4.6 Conclusie	178
5 De tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel na het overlijden van de betrokkene	178
5.1 Inleiding	178
5.2 De erfgenamen en het rechtsherstel	179
5.3 De verhouding tussen art. 75 Sr en art. 6 lid 2 EVRM	182

HOOFDSTUK 6

Het voordeelsbegrip

185

1	Inleiding	185
2	Een eerste verkenning van het voordeelsbegrip	186
2.1	Wet en wetsgeschiedenis	186
2.2	Een eerste analyse	188
2.3	Een eerste vergelijking: voordeelsbegrippen in het Duitse recht	189
2.4	Een tweede vergelijking: het schadebegrip	191
3	De wederrechtelijkheid van het verkregen voordeel	192
3.1	Inleiding	192
3.2	De Urker visafslag	193
4	De verkrijging van het voordeel	197
4.1	De verkrijging	197
4.2	De daadwerkelijke en (dus) individuele verkrijging	198
5	Het vaststellen van de omvang van het voordeel	201
5.1	Het wettelijk uitgangspunt: een schatting	201
5.2	Externe en interne rechtsvergelijking	202
5.3	Normering van de schatting ex art. 36e lid 4 Sr	205
5.4	Voordeelsberekening en bedrijfseconomie	206
6	De waarderingsmethode	206
6.1	Inleiding	206
6.2	De waarderingsmethode in de literatuur en de oude Ontnemingsrichtlijn	208
6.2.1	Inleiding	208
6.2.2	Het standpunt van de oude Ontnemingsrichtlijn	208
6.2.3	De kritische ontvangst in de literatuur	212
6.3	De waarderingsmethode in de jurisprudentie	215
6.4	Beperkte objectivering van de waarderingsmethode?	217
6.5	De herziene Ontnemingsrichtlijn	220
6.6	De bijzondere waarderingsmethoden van art. 36e lid 4 Sr	221
6.7	Tot slot: een voorbeeld	223
7	De aftrek van kosten	223
7.1	Inleiding	223
7.2	De mogelijkheden voor kostenafrek in de jurisprudentie	224
7.3	Het criterium voor kostenafrek in de Ontnemingsrichtlijn en de literatuur	228
7.3.1	Hoofddregel: noodzakelijke of reële kosten?	228
7.3.2	Toepassing: voorbereidingskosten	231
7.3.3	Toepassing: het gebruik van duurzame activa (investerings)	233
7.3.4	Toepassing: 'gemengde' kosten	236
7.4	Uitsluiting van kostenafrek in het fiscale recht	237
7.5	Conclusie: een ruime kostenafrek	241

8	De causaliteit tussen feit en voordeel (besparing van kosten, vervolgprofijt en consumptie)	241
8.1	Inleiding	241
8.2	Het primaire voordeel nader beschouwd	242
8.2.1	De verkrijging van het primaire voordeel	242
8.2.2	Besparing van kosten	243
8.2.3	De omvang van de besparing van kosten	245
8.2.4	Besparing van kosten en consumptie	247
8.2.5	Causaliteit en relativering van de wederrechtelijkheid	248
8.2.5.1	Inleiding	248
8.2.5.2	Relativering van de onrechtmatigheid	249
8.2.5.3	Toepassing op de voordeelsberekening	251
8.3	Het vervolgprofijt nader beschouwd	254
8.3.1	De verkrijging van het vervolgprofijt	254
8.3.2	Het verschil tussen primair voordeel en vervolgprofijt	257
8.3.3	Het verschil tussen consumptie en vervolgprofijt	258
9	Tot slot: de elementen van het voordeelsbegrip	260

HOOFDSTUK 7

Het bewijsrecht **263**

1	Inleiding	263
2	Het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr	265
2.1	Inleiding	265
2.2	Het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr, eerste variant	267
2.3	Het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr, tweede en derde variant	271
2.4	Een jurisprudentiële uitbreiding: ontneming bij een complex van feiten	273
2.5	Overige jurisprudentiële regels	277
2.6	Nadere analyse	279
2.6.1	Inleiding	279
2.6.2	De aannemelijkheid nader beschouwd	280
2.6.3	Het gebruik van bewijsvermoedens	286
2.7	Tot slot	292
3	Het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 3 Sr	293
3.1	Inleiding	293
3.2	De visie van de minister	293
3.3	Toepassing van art. 36e lid 3 Sr in de ontnemingspraktijk	300
3.4	Nadere analyse	303
4	Het begrip 'bewijslastverdeling'	306
4.1	Inleiding	306
4.2	Bewijslastverdeling in het civiele recht	307

4.3	Bewijslastverdeling in het strafprocesrecht	310
4.4	Bewijslastverdeling in het licht van art. 6 EVRM	318
4.4.1	Inleiding	318
4.4.2	De uitspraken van het EHRM	319
4.4.3	Enkele vuistregels	322
4.4.4	Is art. 6 lid 2 EVRM van toepassing op de oplegging van een ontnemingsmaatregel?	325
4.5	Samenvatting	329
5	De bewijslastverdeling bij toepassing van art. 36e Sr	330
5.1	Inleiding	330
5.2	De bewijslastverdeling bij toepassing van art. 36e Sr in de visie van de Hoge Raad	331
5.3	Art. 36e lid 2 Sr	332
5.4	Art. 36e lid 3 Sr	337
5.4.1	Het bewijsthema van art. 36e lid 3 Sr	337
5.4.2	Bewijslastverdeling bij het <i>erweiterte Verfall</i>	338
5.4.3	Invulling van de bewijslastverdeling bij toepassing van art. 36e lid 3 Sr	345
5.4.4	Het bestaansrecht van art. 36e lid 3 Sr in bewijsrechtelijk perspectief	356
6	Het fiscale perspectief	358
6.1	Inleiding	358
6.2	De omkering van de bewijslast in het fiscale recht	359
6.3	Het fiscale recht als de manier van voordeelsontneming?	361
7	Tot slot	362

HOOFDSTUK 8

De betalingsverplichting 365

1	Inleiding	365
2	De vorderingen van benadeelden (art. 36e lid 6 Sr)	366
2.1	Inleiding	366
2.2	De ratio van art. 36e lid 6 Sr	367
2.3	De verhouding tot het voordeelsbegrip	368
2.4	Voorwaarden voor toepassing van art. 36e lid 6 Sr	372
2.4.1	Rechtstreekse benadeling	372
2.4.2	In rechte toegekende vorderingen	375
2.5	De benadeelde en de procedure van art. 577b lid 2 Sv	378
2.6	Samenloop van strafbare feiten en vorderingen	378
2.7	Een geslaagde afstemming van de betrokken belangen?	379
3	Het voorkomen van bis in idem (art. 36e lid 7 Sr)	383
3.1	De strekking van art. 36e lid 7 Sr	383
3.2	Art. 36e lid 7 Sr en afroomboeten	384

4	De draagkracht van de betrokkene	385
4.1	Inleiding	385
4.2	De opvatting van de minister	386
4.3	Een overzicht van de lagere rechtspraak	387
4.4	De jurisprudentie van de Hoge Raad	390
4.5	Een nadere verkenning van de jurisprudentie van de Hoge Raad	396
4.5.1	Inleiding: de aanleidingen voor de draagkrachtjurisprudentie	396
4.5.2	Het voorkomen van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis	397
4.5.3	Matiging als reactie op erbarmelijke gevallen	398
4.5.4	De matigingsplicht is geen adequate reactie	400
4.6	Een alternatieve benadering van de draagkrachtproblematiek	400
4.6.1	Inleiding	400
4.6.2	Vergelijking: het afzien of matigen van het <i>Verfall</i> (§ 73c Abs. 1 StGB)	401
4.6.3	Vergelijking: matiging van schadevergoeding	404
4.6.4	Enkele vuistregels	408
4.6.4.1	Inleiding	408
4.6.4.2	Het uitgangspunt	409
4.6.4.3	Het vaststellen van de toekomstige draagkracht	409
4.6.4.4	Het ontbreken van draagkracht	411
4.6.4.5	Geringe draagkracht	413
4.6.4.6	Overige aspecten	415
4.6.5	Ontwikkelingen in de draagkracht gedurende de executoriale fase	417
4.6.6	Vergelijking met de draagkrachtjurisprudentie	421
4.7	De rol van de draagkracht naar toekomstig recht	423
5	Varia	427
5.1	Overschrijding van de redelijke termijn	427
5.2	De vordering van het Openbaar Ministerie als plafond?	429
5.3	Het ontbreken van georganiseerde criminaliteit	430
6	Inventarisatie en afbakening van de matigingsbevoegdheid en de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel	431

HOOFDSTUK 9

De vervangende hechtenis 435

1	Inleiding	435
2	Het wettelijk kader	436
2.1	Wetsgeschiedenis	436
2.2	De wettelijke regeling	439
2.2.1	De plicht tot het bevelen van de vervangende hechtenis	439
2.2.2	De duur van de vervangende hechtenis	439

2.2.3	Het vervallen van de vervangende hechtenis	442
2.2.4	Vervangende hechtenis in het jeugdstrafrecht?	443
2.3	Tot slot: de vervangende hechtenis en het rechtsherstel	445
3	Het karakter van de vervangende hechtenis	446
3.1	Inleiding	446
3.2	Drie perspectieven	446
3.2.1	Hechtenis als vervangende sanctie	446
3.2.2	De vervangende hechtenis als leedtoevoegende reactie wegens gebleken betalingsonwil	448
3.2.3	De vervangende hechtenis als pressiemiddel (gijzeling)	451
3.3	Het meerduidige karakter van de vervangende hechtenis	454
3.4	Het normatieve element in het karakter van de vervangende hechtenis	456
4	Vervangende hechtenis en draagkrachtperikelen	459
5	De vervangende hechtenis naar toekomstig recht	462
5.1	Inleiding	462
5.2	De mogelijkheid tot gijzeling in het concept-wetsvoorstel	463
5.3	Commentaar	465

HOOFDSTUK 10

Slotbeschouwing **469**

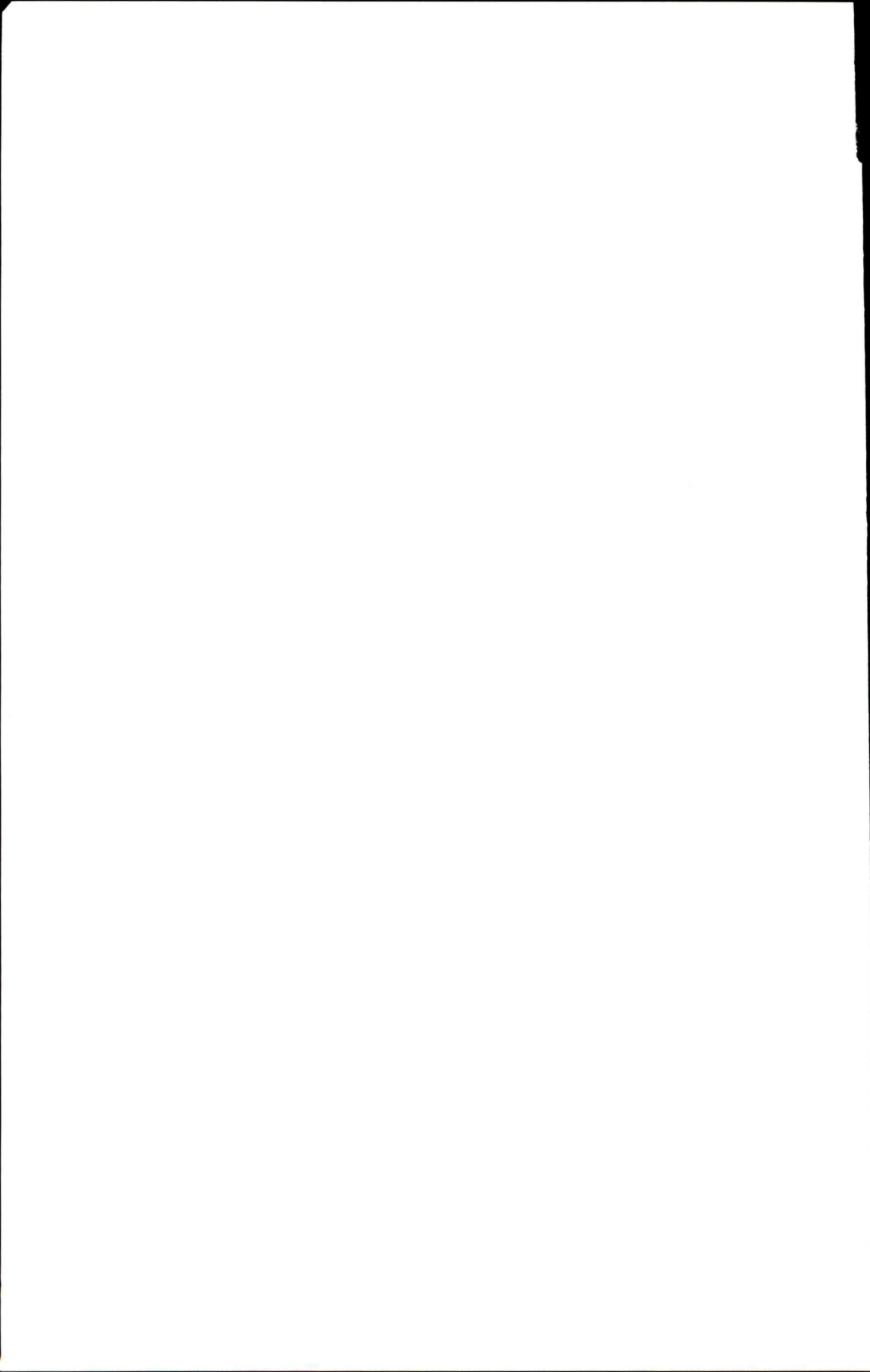
1	Inleiding	469
2	De verhouding tussen karakter en voorwaarden	469
2.1	Inleiding	469
2.2	Van karakter naar voorwaarden	469
2.3	Van voorwaarden naar karakter	471
2.4	Conclusie	473
3	Knelpunten en aanpassingen	474
3.1	Inleiding	474
3.2	De reikwijdte van de ontnemingsmaatregel	474
3.3	Het voordeelsbegrip	476
3.4	Het bewijsrecht	477
3.5	De betalingsverplichting	479
3.6	De vervangende hechtenis	482
3.7	Conclusie	483
4	Tot slot	484

SAMENVATTING 487

ZUSAMMENFASSUNG 497

AANGEHAALDE LITERATUUR 507

JURISPRUDENTIEREGISTER	533
TREFWOORDENREGISTER	545
VERSCHENEN UITGAVEN CENTRUM VOOR PROCESRECHT	



Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
Abs.	Absatz
Adv.bl.	Advocatenblad
A-G	Advocaat-Generaal
AG	Amtsgericht
AIDP	Association internationale de droit pénal
AO	Abgabenordnung
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
art.	artikel(en)
Art.	Artikel
Aw	Auteurswet
AWDA	Algemene wet inzake de douane en de accijnzen
B.	Beslissingen in Belastingzaken (tot 1953)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BBED	Besluit berechting economische delicten
BFO	Bureau Financiële Ondersteuning
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung Strafsachen
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken/Nederlandse Belastingrechtspraak (vanaf 1953)
BOOM	Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie
BR-Dr.	Drucksache des Bundesrates
BT-Dr.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
CJIB	Centraal Justitueel Incassobureau
CPDC	European Committee on Crime Problems
CRvB	Centrale Raad van Beroep
d.d.	de dato
D&R	Decisions & Reports
DB	Der Betrieb
DD	Delikt en Delinkwent
DM	Duitse Mark
doc.	document
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DTA	Drug Trafficking Act 1994
DTOA	Drug Trafficking Offences Act 1986

Lijst van gebruikte afkortingen

e.a.	en anderen
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EK	Eerste Kamer
ELRO	Elektronisch Loket Rechterlijke Organisatie (www.rechtspraak.nl)
enz.	enzovoorts
ESB	Economisch Sanctiebesluit
EU	Europese Unie
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
FED	Fiscaal Weekblad FED
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
Fw	Faillissementswet
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GFO	Gerechtelijk Financieel Onderzoek
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HR	Hoge Raad
Inv.	Invorderingswet
jo.	juncto
JOL	Jurisprudentie Online
JOW	Jurisprudentie Ontnemingswetgeving
JR	Juristische Rundschau
JV	Justitiële Verkenningen
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kort Geding
KJ	Kritische Justiz
LG	Landgericht
losbl.	losbladig
M & R	Milieu & Recht
m.nt.	met noot
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nr.	nummer(s)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report
NTBR	Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
OLG	Oberlandesgericht

ORO	Oorspronkelijk regeringsontwerp
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
p.	pagina('s)
P-G	Procureur-Generaal
par.	paragraaf
Pb.	Publicatieblad
Pres.	President
RAC	Recherche Adviescommissie
Rawb	Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht
Rb.	Rechtbank
ReCoFa	Rechters-commissarissen in faillissementszaken
red.	redactie
RJD	Reports of Judgements and Decisions
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn.	Randnummer
RO	Rechterlijke Organisatie
ROW	Rijksoctrooiwet
Rv	Wetboek van Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
SFO	Strafrechtelijk Financieel Onderzoek
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger
suppl.	supplement
Sv	Wetboek van Strafvordering
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TK	Tweede Kamer
Trema	Tijdschrift voor de rechterlijke macht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvP	Tijdschrift voor Politie
TvS	Tijdschrift voor Strafrecht
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
T&C	Tekst en Commentaar
UN	United Nations
V-N	Vakstudie-Nieuws
vgl.	vergelijk
vol.	volume
W.	Weekblad van het recht
Wahv	Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften
Wbaca	Wet beperking aftrekbaarheid ter zake van criminele activiteiten
WED	Wet op de Economische Delicten

Lijst van gebruikte afkortingen

Wet IB	Wet op de inkomstenbelasting
Wet LB	Wet op de loonbelasting
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
Wif	Wet identificatie bij financiële dienstverlening
WiStG	Wirtschaftsstrafrechtsgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Wm	Wet milieubeheer
WNR	Wet op de naburige rechten
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Wvo	Wet verontreiniging oppervlaktewateren
WVW	Wegenverkeerswet
z.j.	zonder jaar
z.p.	zonder plaats
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Aangehaalde kamerstukken

De kamerstukken van de ontnemingswetgeving worden in dit boek aangehaald zonder nadere verwijzing naar het verschijningsjaar en het volgnummer van het betreffende kamerstuk. Deze gegevens zijn te vinden in het onderstaande overzicht.

Kamerstukken Tweede Kamer (onder nummer 21 504)

Vergaderjaar 1989-1990

- A Oorspronkelijke tekst van het Voorstel van Wet en de Memorie van Toelichting
- B Advies van de Raad van State en Nader Rapport
- 1 Koninklijke Boodschap
- 2 Voorstel van Wet
- 3 Memorie van Toelichting

Vergaderjaar 1990-1991

- 4 Voorlopig Verslag
- 5 Memorie van Antwoord
- 6 Nota van Wijziging

Vergaderjaar 1991-1992

- 7 Eindverslag
- 8 Nota naar aanleiding van het Eindverslag
- 9 Tweede Nota van Wijziging
- 10 Derde Nota van Wijziging
- 11-15 Amendementen van het lid Wolffensperger
- 16-17 Amendementen van het lid V.A.M. van der Burg
- 18 Gewijzigd Amendement (nr. 12) van het lid Wolffensperger
- 19 Vierde Nota van Wijziging
- 20 Vijfde Nota van Wijziging
- 21 Gewijzigd Amendement (nr. 11) van het lid Wolffensperger
- 22 Brief van de minister van Justitie
- 23 Voorstel van Wet na wijzigingen

Handelingen Tweede Kamer p. 5139-5156, 5196-5210, 5213-5228, 5421-5423, 5644-5645, 5990

Kamerstukken Eerste Kamer (onder nummer 21 504 en 22 083)

Vergaderjaar 1992-1993

- 53 Voorlopig Verslag I
- 53a Memorie van Antwoord I
- 53b Eindverslag I

Handelingen Eerste Kamer p. 345-355

Duitse wettelijke bepalingen

De belangrijkste Duitse wettelijke bepalingen die in dit boek aan bod komen, worden hieronder weergegeven.

§ 8 WiStG

1. Hat der Täter durch eine Zuwiderhandlung im Sinne der §§ 1 bis 6 einen höheren als den zulässigen Preis erzielt, so ist anzuordnen, daß er den Unterschiedsbetrag zwischen dem zulässigen und dem erzielten Preis (Mehrerlös) an das Land abführt, soweit er ihn nicht auf Grund einer rechtlichen Verpflichtung zurückerstattet hat. Die Abführung kann auch angeordnet werden, wenn eine rechtswidrige Tat nach den §§ 1 bis 6 vorliegt, der Täter jedoch nicht schuldhaft gehandelt hat oder die Tat aus anderen Gründen nicht geahndet werden kann.
2. Wäre die Abführung des Mehrerlöses eine unbillige Härte, so kann die Anordnung auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden oder ganz unterbleiben. Sie kann auch unterbleiben, wenn der Mehrerlös gering ist.
3. Die Höhe des Mehrerlöses kann geschätzt werden. Der abzuführende Betrag ist zahlenmäßig zu bestimmen.
4. Die Abführung des Mehrerlöses tritt an die Stelle des Verfalls (§§ 73 bis 73e des Strafgesetzbuches, § 29a des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten). (...)

§ 73 StGB

1. Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.
2. Die Anordnung des Verfalls erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. Sie kann sich auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat.
3. Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.
4. Der Verfall eines Gegenstandes wird auch angeordnet, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat.

§ 73 (oud) StGB

1. Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr einen Vermögensvorteil erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung den aus der Tat erlangten Vermögensvorteil beseitigen oder mindern würde.

(...)

3. Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser den Vermögensvorteil erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.

4. Der Verfall eines Gegenstandes wird auch angeordnet, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der den Vermögensvorteil für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat.

§ 73a StGB

Soweit der Verfall eines bestimmten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von dem Verfall eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 2 Satz 2 abgesehen wird, ordnet das Gericht den Verfall eines Geldbetrags an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben dem Verfall eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt.

§ 73b StGB

Der Umfang des Erlangten und dessen Wert sowie die Höhe des Anspruchs, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer das aus der Tat Erlangte entziehen würde, können geschätzt werden.

§ 73b (oud) StGB

Der Umfang des Erlangten und dessen Wert sowie die Höhe des Anspruchs, dessen Erfüllung den Vermögensvorteil beseitigen oder mindern würde, können geschätzt werden.

§ 73c StGB

1. Der Verfall wird nicht angeordnet, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Die Anordnung kann unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat.

2. Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42 entsprechend.

§ 73d StGB

1. Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn ein Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb nicht gehört oder zusteht, weil er den Gegenstand für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat. § 73 Abs. 2 gilt entsprechend.

2. Ist der Verfall eines bestimmten Gegenstandes nach der Tat ganz oder teilweise unmöglich geworden, so finden insoweit die §§ 73a und 73b sinngemäß Anwendung.

3. Ist nach Anordnung des Verfalls nach Absatz 1 wegen einer anderen rechtswidrigen Tat, die der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung begangen hat, erneut über den Verfall

von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers zu entscheiden, so berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.

4. § 73c gilt entsprechend.

§ 17 OWiG

(...)

3. Grundlage für die Zumessung der Geldbuße sind die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft. Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters kommen in Betracht; bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten bleiben sie jedoch in der Regel unberücksichtigt.

4. Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.

§ 29a OWiG

1. Hat der Täter für eine mit Geldbuße bedrohte Handlung oder aus ihr etwas erlangt und wird gegen ihn wegen der Handlung eine Geldbuße nicht festgesetzt, so kann gegen ihn der Verfall eines Geldbetrages bis zu der Höhe angeordnet werden, die dem Wert des Erlangten entspricht.

2. Hat der Täter einer mit Geldbuße bedrohten Handlung für einen anderen gehandelt und hat dieser dadurch etwas erlangt, so kann gegen ihn der Verfall eines Geldbetrages bis zu der in Absatz 1 bezeichneten Höhe angeordnet werden.

3. Der Umfang des Erlangten und dessen Wert können geschätzt werden. (...)

4. Wird gegen den Täter ein Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt, so kann der Verfall selbständig angeordnet werden.

§ 29a (oud) OWiG

1. Hat der Täter für eine mit Geldbuße bedrohte Handlung oder aus ihr einen Vermögensvorteil erlangt und wird gegen ihn wegen der Handlung eine Geldbuße nicht festgesetzt, so kann gegen ihn der Verfall eines Geldbetrages bis zu der Höhe angeordnet werden, die dem erlangten Vermögensvorteil entspricht.

2. Hat der Täter einer mit Geldbuße bedrohten Handlung für einen anderen gehandelt und hat dieser dadurch einen Vermögensvorteil erlangt, so kann gegen ihn der Verfall eines Geldbetrages bis zu der in Absatz 1 bezeichneten Höhe angeordnet werden.

3. Die Höhe des Vermögensvorteils kann geschätzt werden. (...)

Probleemstelling en verantwoording

1 Probleemstelling

1. Op 1 maart 1993 is de ontnemingswetgeving in werking getreden. Deze wetgeving is bekend geworden onder de naam 'pluk ze-wetgeving'. Die benaming is bepaald niet fraai, maar geeft wel duidelijk de bedoeling ervan weer: een effectieve ontneming van misdaadgeld. Met het oog hierop is het straf- en strafprocesrecht op onderdelen gewijzigd. De ontnemingswetgeving heeft allereerst de regeling van de ontnemingsmaatregel uitgebreid (art. 24d en 36e Sr). Daarnaast zijn er verschillende figuren aan het strafprocesrecht toegevoegd, waaronder de mogelijkheid van conservatoire inbeslagneming (art. 94a Sv), een strafrechtelijk financieel onderzoek (art. 126-126f Sv) en een afzonderlijke ontnemingsprocedure (art. 511b-511i Sv).

Dit boek gaat nader in op de ontnemingsmaatregel.¹ Deze maatregel maakte reeds voor de invoering van de ontnemingswetgeving deel uit van het strafrechtelijk sanctiepakket. De ontnemingswetgeving heeft echter verschillende wijzigingen in art. 36e Sr aangebracht. Ontneming is thans niet enkel mogelijk ter zake van het feit waarvoor men is veroordeeld, maar ook voor soortgelijke strafbare feiten en (niet-soortgelijke) strafbare feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (art. 36e lid 2 Sr). Daarnaast is onder omstandigheden ontneming mogelijk van voordeel dat de betrokkene op enigerlei wijze uit strafbare feiten heeft verkregen. Het is daarbij niet vereist dat de betrokkene die feiten zelf heeft begaan (art. 36e lid 3 Sr). In art. 36e Sr worden daarnaast bewijscriteria genoemd ('voldoende aanwijzingen' en 'aannemelijk') die afwijken van de bewijsvoorschriften van art. 338-344a Sv. De ontnemingsmaatregel is voorts gekoppeld aan een bijzondere vervangende hechtenis met een maximumduur van zes jaar voor het geval betaling noch verhaal geschiedt (art. 24d lid 1 Sr). De oplegging van de ontnemingsmaatregel vindt tot slot niet plaats in de eigenlijke strafzaak (de hoofdzaak), maar in een afzonderlijke ontnemingsprocedure.

¹ Hierin ligt tevens het onderscheid tussen dit boek en andere boeken over het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel (Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, Keijser-Ringnalda 1994, Doorenbos 1997, Groenhuijsen e.a. 1997, Keulen 1999, Everaars e.a. 1999, en Wöretshofer 1999). Deze boeken hebben betrekking op alle onderdelen van de ontnemingswetgeving of in ieder geval een meerderheid daarvan.

2. Het opleggen van een ontnemingsmaatregel vergt dat er aan een aantal door de wet gestelde voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden bepalen tevens de 'vormgeving' van de ontnemingsmaatregel in het concrete geval. Zo kan er bijvoorbeeld alleen een ontnemingsmaatregel worden opgelegd indien de betrokkene voordeel heeft verkregen. Dat is een voorwaarde, maar de omvang van het voordeel bepaalt (mede) de hoogte van het te betalen bedrag. In dit proefschrift staan de voorwaarden tot oplegging van een ontnemingsmaatregel centraal.

De totstandkoming van de ontnemingswetgeving is een omvangrijke wetgevingsoperatie geweest. Dit heeft echter niet kunnen voorkomen dat de gewijzigde en nieuwe onderdelen van de wet niet op alle punten helderheid verschaffen.² Dat geldt ook voor de regeling van de ontnemingsmaatregel. Een voorbeeld is – wederom – het begrip 'voordeel'. In de parlementaire stukken wordt nauwelijks duidelijk gemaakt wat de betekenis is van dat begrip.³ Teneinde de voorwaarden voor oplegging van een ontnemingsmaatregel (nader) te kunnen duiden, besteed ik in het bijzonder aandacht aan de grondslag van de ontnemingsmaatregel en aan de rol die deze grondslag speelt bij de interpretatie van de voorwaarden tot oplegging van de ontnemingsmaatregel. Op die manier kan onder andere het voordeelsbegrip verder worden uitgewerkt.

De (veronderstelde) wisselwerking tussen de voorwaarden die de wet stelt, en de grondslag van de ontnemingsmaatregel leidt tot het volgende plan van behandeling. Allereerst onderzoek ik welke grondslag de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel kent. Vervolgens bespreek ik de verschillende voorwaarden tot oplegging van de ontnemingsmaatregel. Waar onduidelijkheden in de regeling worden geconstateerd, ga ik na in hoeverre de grondslag van de ontnemingsmaatregel een interpretatieve rol kan spelen. Hoewel in beginsel mag worden aangenomen dat een dergelijke (teleologische) interpretatie mogelijk is, staat het niet bij voorbaat vast dat de grondslag ook steeds doorslaggevend is bij de interpretatie. Pas aan het eind van het onderzoek kan (definitief) worden vastgesteld in hoeverre de grondslag tot uiting komt in de voorwaarden tot oplegging van de ontnemingsmaatregel. Voorafgaand aan de uitwerking van de grondslag en de verschillende voorwaarden in de navolgende hoofdstukken maak ik een aantal opmerkingen over de onderzoeksmethode en de opbouw van dit boek.

2 Zie onder andere Van der Neut & Simmelink 1994, p. 68, Simmelink & Van der Neut 1996, p. 533-534, Van der Neut & Simmelink 1996, p. 872-873, en Keulen 1999, p. 1-2. Vgl. ook de evaluatie van het WODC van de ontnemingswetgeving (Nelen, Kouwenberg & Aidala 1994, Nelen & Sabee 1996, en Nelen & Sabee 1998), waarin een aantal maal wordt geconstateerd dat er in de praktijk interpretatievragen rijzen. Zie bijvoorbeeld Nelen & Sabee 1998, p. 166-173.

3 Zie nader hoofdstuk 6.

2 Onderzoeksmethode

2.1 Inleiding

3. Aan dit onderzoek ligt een traditioneel-juridische onderzoeksmethode ten grondslag: de bestudering van de relevante verdrags- en wetsteksten, en de daarop betrekking hebbende toelichtende stukken, rechtspraak en literatuur.⁴ Vooral de wetsgeschiedenis blijkt een belangrijke bron bij de interpretatie van deze wetgeving te zijn. Daarnaast vergelijk ik de Nederlandse regeling met de mogelijkheden die het Duitse recht biedt ter ontneming van misdaadgeld. Tot slot betrek ik in dit onderzoek een aantal civielrechtelijke leerstukken. Hieronder licht ik het gebruik van deze bronnen toe.

2.2 De wetshistorische interpretatiemethode

4. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel mag als afzonderlijke sanctie ruim vijftig jaar in het Nederlandse strafrecht bestaan, de ontnemingsmaatregel speelt pas sinds 1993 een rol van betekenis.⁵ Dit heeft als gevolg dat er relatief weinig rechtspraak en literatuur over dit onderwerp voorhanden is. Daar staat tegenover dat, mede vanwege de ruime hoeveelheid aanvullingen en wijzigingen, de ontnemingswetgeving een uitgebreide parlementaire geschiedenis kent.⁶ Dit heeft als gevolg dat bij de uitleg van deze wet de wetshistorische interpretatiemethode een relatief grote rol speelt. Op zichzelf is dit niet opmerkelijk, zeker niet wat betreft het strafrecht.⁷ Zo heeft bijvoorbeeld de wetsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht ook na ruim een eeuw zijn betekenis niet verloren.⁸ Bij de bestudering van (moderne) literatuur over de rol van de wetsgeschiedenis bij het rechtsvindingsproces valt het echter op dat er doorgaans meer argumenten tegen dan voor wetshistorische interpretatie worden genoemd.⁹ Het is daarom geboden

4 Veel lagere rechtspraak met betrekking tot de oplegging van de ontnemingsmaatregel treft men aan op de CD-ROM Jurisprudentie Ontnemingswetgeving (JOW).

5 Zie nader hoofdstuk 3.

6 Daarnaast heeft de voorbereiding van de ontnemingswetgeving mede bestaan uit een tweetal voorstudies. Het betreft een rapport van de Recherche adviescommissie (RAC) en een rapport van een departementale werkgroep onder voorzitterschap van J.J.E. Schutte.

7 Schalken 2000, p. 3, stelt bijvoorbeeld dat er in de strafrechtelijke jurisprudentie sprake is van een '(...) legistische attitude (...), die doorgaans in het articuleren van wetshistorische argumenten tot uitdrukking komt (...).'

8 Vgl. ook Asser-Scholten 1934, p. 58: 'Het is bekend, dat nergens zoo zeer aan die wetsgeschiedenis gezag is toegekend als bij ons Wetboek van Strafrecht. Voor een groot deel is dat terug te brengen tot het groote persoonlijke gezag van de Minister Modderman, tot de overtuiging, dat dit wetboek een monument was van wetgevingstechniek.'

9 Zie onder andere Asser-Scholten 1934, p. 55-59, Hartkamp 1992, p. 13-17, Reehuis 1992, en Asser-Vranken 1995, nr. 141-154. Vgl. specifiek met betrekking tot het strafrecht: Rammelink 1996, p. 75-76, en De Hullu 2000, p. 106-107.

enkele opmerkingen te maken over de betekenis van de wetsgeschiedenis bij de interpretatie van de wet, in het bijzonder de ontnemingswetgeving.

5. Bij de toepassing van de wet kan de bedoeling die de wetgever met een wetgevende activiteit heeft, als vertrekpunt worden genomen. Die bedoeling kan in beginsel worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis, dat wil zeggen: het geheel van toelichtingen en debatten bij de totstandkoming van een wet. Het zoeken van aansluiting bij de wetsgeschiedenis wordt mede ingegeven door een streven naar rechtszekerheid. De wetsgeschiedenis is een voor ieder toegankelijke bron, waarin doorgaans meer aanknopingspunten en richtsnoeren voor wetstoepassing worden gegeven dan in de wet zelf.¹⁰

Deze argumenten voor wetshistorische interpretatie stuiten op een aantal bezwaren. Zo kan er eigenlijk niet van 'de' wetgever worden gesproken,¹¹ maar gaat het om verschillende actoren (minister, regering, fracties, kamers). Uiteindelijk is het de beslissing van al deze actoren tezamen om een bepaalde wet te aanvaarden. Daardoor is de status van onderdelen uit de parlementaire stukken, zoals geformuleerd door één van de actoren, vaak onduidelijk.¹² Zo spreken de kamerfracties zich bijvoorbeeld niet uit over elke passage uit een Memorie van Toelichting. Aangenomen mag dan ook worden dat de aanvaarding van een wet niet per definitie gelijk staat aan de aanvaarding van alle opmerkingen in de onderliggende toelichtende stukken.¹³ Een wetsgeschiedenis is voorts niet altijd op alle punten eenduidig, bijvoorbeeld tengevolge van politieke compromissen of een onduidelijke structuur in het parlementaire debat. Een ander verschijnsel is dat er vanuit de kamerfracties veelal duidelijke en doorgaans kritische vragen worden gesteld, maar vervolgens niet op het antwoord van de minister wordt gereageerd.¹⁴ Of het antwoord als bevredigend is ervaren, blijft dan in het midden.

De obstakels die zich (kunnen) voordoen bij wetshistorische interpretatie, hebben ook betrekking op de ontnemingswetgeving. Verreweg de meeste uitleg

10 Zie nader Asser-Scholten 1934, p. 55, Reehuis 1992, p. 59, 64, R Emmelink 1996, p. 75, Wiarda 1999, p. 22, 26, en De Hullu 2000, p. 106.

11 En daarmee ook niet van 'de' wil van de wetgever. Zie daarover De Winter & Witteveen 1981.

12 Asser-Scholten 1934, p. 55, Suijling 1947, p. 10, De Winter & Witteveen 1981, p. 670-671, Asser-Vranken 1995, nr. 143, Rozmond 1998, p. 145. Zie ook de noot van 't Hart onder HR 10 april 1984, NJ 1984, 612: 'Het achteraf bepalen van de wil van de wetgever kan (...) neerkomen op een precare reductie van meerduidigheid tot eenduidigheid met een sterk fictief karakter.'

13 Reehuis 1992, p. 68-69.

14 Ik verwijs ter illustratie naar het Verslag, TK 1999-2000, 27 159, nr. 4, bij het wetsvoorstel tot invoering van een afzonderlijke strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven. Hierin worden vele kritische vragen gesteld, maar het Verslag opent met de mededeling dat, mits de vragen en opmerkingen 'tijdig' zullen worden beantwoord, de plenaire behandeling genoegzaam is voorbereid. De mogelijkheid bestaat dus nog dat de antwoorden van de minister in het plenaire debat worden besproken. Maar de indruk van een zorgvuldige parlementaire voorbereiding van een wet, waarbij de ruimte en de tijd wordt genomen om alle argumenten kritisch te wegen, wekt deze gang van zaken niet.

van de voorgestelde bepalingen is afkomstig van de minister. Die uitleg is niet altijd even duidelijk en consistent in vergelijking met andere passages.¹⁵ Het debat met de Tweede en de Eerste Kamer heeft verder lang niet op alle onderdelen van het wetsvoorstel betrekking gehad. Waar wel over bepaalde onderwerpen is gesproken, heeft dit soms tot verwarrende discussies geleid.¹⁶ De ontnemingswetgeving is voorts aanvaard door beide Kamers, waarbij enkel de D66-fracties hebben tegengestemd. Andere fracties hebben echter gedurende de parlementaire behandeling ook kritische geluiden laten horen. Of de minister die kritiek telkens heeft kunnen weerleggen, laat zich echter niet met zekerheid vaststellen.

6. Wetshistorische interpretatie kent dus nogal wat obstakels. De consequentie hiervan is dat de wetsgeschiedenis behoedzaam tegemoet moet worden getreden.¹⁷ Men mag zich er niet toe laten verleiden om uit een enkele passage al te stellige conclusies omtrent de bedoeling van de wetgever af te leiden.¹⁸ Telkens moet in het oog worden gehouden of het gaat om een opmerking die direct verband houdt met de – politiek aanvaarde – doelstelling van de betreffende wet, of dat het veeleer gaat om een uitwerking van een detail-kwestie. Aan het eerste moet meer betekenis worden toegekend dan aan het tweede. Uitleg van de wet aan de hand van de wetsgeschiedenis brengt daarom onvermijdelijk ook uitleg van de wetsgeschiedenis met zich mee.¹⁹

Bij een voorzichtige benadering kan de wetsgeschiedenis, juist bij een relatief jonge wet zoals de ontnemingswetgeving,²⁰ op onderdelen een duidelijke richting uitzetten voor de interpretatie van de wet conform de opvatting van de wetgever. De wetshistorische interpretatiemethode speelt dan een belangrijke rol.²¹ Dit laat

15 Zie bijvoorbeeld nr. 104-105 en 118-120, over de vraag in hoeverre verwijtbaarheid een vereiste is voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

16 Een voorbeeld daarvan op het terrein van de ontnemingswetgeving is de discussie over de vraag of art. 36e lid 3 Sr wel of niet een omkering van de bewijslast inhoudt. Zie nr. 361.

17 Een verdergaande conclusie wordt getrokken door Suijling 1947, p. 11. Hij stelt dat de totstandkoming van een wet dermate door politieke factoren wordt beïnvloed, dat de ware bedoelingen van de wetgever doorgaans niet tot uiting in de wetsgeschiedenis komen. De wetsgeschiedenis zou daarom buiten beschouwing moeten worden gelaten bij de interpretatie van de wet.

18 Vgl. ook De Winter & Witteveen 1981, p. 672-673, en Witteveen 1988, p. 343, 347, over de gevaren van het maskeren van de werkelijke argumentatie en van selectiviteit indien de wetsgeschiedenis meerdere interpretaties mogelijk maakt.

19 Zie met name Asser-Vranken 1995, nr. 154. Vgl. ook R Emmelink 1996, p. 76.

20 Er wordt doorgaans aangenomen dat het gewicht van het wetshistorische argument door tijdsverloop afneemt. Zie Asser-Scholten 1934, p. 58-59, 't Hart in zijn noot onder HR 29 november 1994, NJ 1995, 292, en Rozemond 1998, p. 33-34. Vgl. ook Vellinga-Schootstra 1987, p. 655.

21 Reehuis 1992, p. 64, 71, spreekt van 'belangrijk uitlegmateriaal'. Zie ook Hartkamp 1992, p. 17. Iets terughoudender is Asser-Vranken 1995, nr. 150, die de wetsgeschiedenis een eerste commentaar noemt waarvan het gezag afhangt van de kracht van de gehanteerde argumenten. In die zin ook 't Hart in zijn noten onder HR 10 april 1984, NJ 1984, 612, HR 1 mei 1984, NJ 1984, 755, HR 21 juni 1988, NJ 1989, 143, en HR 22 november 1988, NJ 1989, 681. Vgl. ook G.E. Mulder 1987, p. 426.

echter onverlet dat andere factoren aanleiding kunnen geven tot een afwijkende uitleg van de wet. Een dergelijke interpretatie kan bijvoorbeeld rusten op een argumentatie die meer recht doet aan het systeem van de wet, de aan de wet ten grondslag liggende doelen en beginselen, of voorschriften die de wet stelt aan andere, doch vergelijkbare rechtsfiguren. Een dwingende hiërarchie tussen de verschillende interpretatiemethoden ontbreekt.²² De wethistorische interpretatie geeft daarom niet telkens de doorslag.²³ Andere factoren kunnen leiden tot een precisering dan wel een afwijking daarvan.²⁴

2.3 Externe rechtsvergelijking

7. In dit onderzoek vergelijk ik de Nederlandse ontnemingsmaatregel met een aantal vergelijkbare Duitse sancties, in het bijzonder het *Verfall* (§ 73-73e StGB; § 29a OWiG), en daarnaast de *Geldbuße* (§ 17, 30 OWiG) voor zover deze boete betrekking heeft op wederrechtelijk verkregen voordeel. De aanleiding voor de rechtsvergelijking is hoofdzakelijk gelegen in het feit dat er over de (Nederlandse) ontnemingsmaatregel, zoals hiervoor is opgemerkt, relatief weinig materiaal voorhanden is. Door de rechtsvergelijking beschik ik over een ruimere hoeveelheid materiaal – problemen, oplossingen, meningen – waarin aanknopingspunten zijn te vinden voor zowel de interpretatie van als reflectie op het Nederlandse recht. De vergelijking met het Duitse recht is derhalve bedoeld als bron van inspiratie. Het opent de ogen voor mogelijke problemen, manieren om die problemen op te lossen en andere, in de Nederlandse literatuur niet voorkomende, denkbeelden omtrent de ontneming van voordeel.²⁵

22 Asser-Scholten 1934, (onder andere op) p. 59, Asser-Vranken 1995, (onder andere in) nr. 217, Rammelink 1996, p. 79-80, en De Hullu 2000, p. 105. Zie ook 't Hart in zijn noten onder HR 11 oktober 1984, NJ 1984, 111, HR 22 november 1988, NJ 1989, 681, en HR 29 november 1994, NJ 1995, 292. Enigszins anders: Schalken in zijn noot onder HR 16 februari 1993, NJ 1994, 32.

23 Zie voor enkele voorbeelden van uitspraken van de Hoge Raad waarin tegen de wetsgeschiedenis in is beslist, Van Kempen 1998, p. 105-106. Zie ook 't Hart in zijn noten onder HR 28 februari 1989, NJ 1989, 658, en HR 19 november 1991, NJ 1992, 124.

24 Dit impliceert uiteraard de aanvaarding van een opvatting over rechtsvinding die niet strikt legistisch is (in de zin van een starre gerichtheid op wet en wetgever). Een moderne opvatting over rechtsvinding in het straf(proces)recht is te vinden bij Rozemond 1998. Het vertrekpunt daarvan is een schema van doelen, beginselen en belangen. Dit schema wordt ten dele door de wetgever geformuleerd (bijvoorbeeld in een Memorie van Toelichting), maar het wordt tevens bepaald door andere factoren, zoals de mensenrechten. De opvatting van Rozemond kan ik in hoofdlijnen onderschrijven, zij het expliciet niet waar het gaat om de omschrijving en de aanvaarding van de *one right answer thesis* (vgl. Rozemond 1998, p. 64-75). Verder verwijs ik naar Asser-Scholten 1934, en Asser-Vranken 1995. Beide boeken zijn niet (strikt) vanuit strafrechtelijke perspectief geschreven, maar zij zijn niettemin van grote waarde voor de strafrechtelijke rechtsvinding.

25 In de literatuur over de methodologische aspecten van rechtsvergelijking wordt dit aangeduid als een functionele rechtsvergelijking. De Boer 1992, p. 42, omschrijft deze methode als volgt: '(...) de beoefenaar van de rechtsvergelijking [zou] zich vooral moeten bezighouden met het opsporen, vergelijken en beoordelen van buitenlandse alternatieven voor de wijze waarop een bepaalde rechtsvraag in eigen kring wordt opgelost. Aldus kan buitenlands recht fungeren als toetssteen voor

Rechtsvergelijking kent zijn grenzen. Oplossingen die het buitenlandse recht biedt voor bepaalde, ook in het Nederlandse recht voorkomende knelpunten, zijn bijvoorbeeld niet zonder meer over te nemen in het eigen recht. Dat kan alleen indien het eigen recht daarvoor ruimte laat.²⁶ Daarnaast levert rechtsvergelijking geen dwingende argumenten op voor of tegen een bepaalde oplossing. Principiële problemen leveren deze grenzen niet op: de rechtsvergelijking is bedoeld als bron van inspiratie en als bron van argumenten. Ook indien het nationale recht geen ruimte laat voor een bepaalde oplossing, doet dat geen afbreuk aan de eventuele wenselijkheid van die oplossing. Men kan in dat geval pleiten voor een wijziging van het eigen recht.

8. De keuze van het rechtstelsel waarmee men wil vergelijken, is in wezen altijd arbitrair. Dat neemt niet weg dat er wel een aantal argumenten kan worden genoemd voor de vergelijking met het Duitse recht. De hiervoor genoemde sancties, en dan met name het *Verfall* van § 73 en 73d StGB, hebben niet alleen hetzelfde doel als de ontnemingsmaatregel, ook de historische ontwikkeling is langs grotendeels gelijke lijnen verlopen.²⁷ Dit is onder andere het gevolg van het feit dat beide landen betrokken zijn geweest bij de verschillende internationale initiatieven die hebben geleid tot een sterke ontwikkeling van de voordeelsontneming in de laatste twee decennia.²⁸ Daarnaast doen zich in beide rechtstelsels soortgelijke knelpunten voor bij de ontneming van het wederrechtelijk verkregene, bijvoorbeeld waar het gaat om de bewijsrechtelijke aspecten van de voordeelsontneming.

Naast deze overeenkomsten bestaan er ook verschillen tussen de Nederlandse en Duitse regeling. Zo is bijvoorbeeld de positie van de benadeelde partij anders geregeld.²⁹ Op meer fundamenteel niveau kent het *Verfall* sinds 1992 een wijziging in rechtskarakter – van rechtsherstel naar straf –, althans in de opvatting van een meerderheid van de auteurs. Een dergelijke mix van overeenkomsten en verschillen maakt een zinvolle (functionele) rechtsvergelijking mogelijk.³⁰

2.4 *Het civiele recht (interne rechtsvergelijking)*

9. In dit boek wordt op een aantal plaatsen het civiele recht in de beschouwingen betrokken. Hiervoor zijn twee redenen. Ten eerste, de ontnemingswetgeving wordt

de kwaliteit van het eigen recht en als bron van inspiratie voor de vernieuwing of verbetering ervan.' Zie voorts De Boer 1994, p. 306, Nijboer 1994, p. 12, 17, 22, 25, 47, 57, Zweigert & Kötz 1998, p. 15, 18, 34, en Oderkerk 1999, p. 236-237.

26 Zweigert & Kötz 1998, p. 18.

27 Deze stelling wordt uitgewerkt in hoofdstuk 3.

28 In hoofdstuk 2 bespreek ik deze initiatieven.

29 Daarover nader nr. 455.

30 Vgl. De Boer 1992, p. 47-48, en Oderkerk 1999, p. 230-232.

in de kamerstukken wel aangeduid als 'hybride' wetgeving, in die zin dat deze wetgeving naast strafrechtelijke ook civielrechtelijke aspecten kent.³¹ Dit strekt zich ook uit tot de ontnemingsmaatregel. Deze zou volgens de minister 'een zeker civielrechtelijk karakter' hebben.³² De verwijzingen naar het civiele recht in de parlementaire stukken zijn echter summier onderbouwd. Waaruit bijvoorbeeld het civielrechtelijke karakter van de ontnemingsmaatregel bestaat, laat de minister onvermeld. De invloed van het civiele recht is daardoor geen gegeven, maar onderwerp van onderzoek.

Het is naar mijn mening van belang bij dat onderzoek voor ogen te houden dat er in de ontnemingswetgeving twee typen van civielrechtelijke aspecten kunnen worden onderscheiden.³³ Allereerst gaat het om onderdelen die in hoofdzaak zijn gebaseerd op of ontleend aan het civiele recht. Zo zijn er verschillende civielrechtelijke voorschriften in enigszins gewijzigde vorm van toepassing verklaard. Het gaat daarbij om bevoegdheden die gericht zijn op het verhaal van de ontnemingsmaatregel (zie art. 94b, 94c en 94d Sv). Met betrekking tot de oplegging van de ontnemingsmaatregel kan worden gewezen op art. 36e lid 6 Sr (en art. 577b Sv), waarin is voorgeschreven dat de betalingsverplichting wordt verminderd met het bedrag van aan benadeelde derden in rechte toegekende vorderingen. Het gaat hier om een afstemming van de ontnemingsmaatregel met eventuele civielrechtelijke aanspraken teneinde te voorkomen dat deze aanspraken illusoir worden door de voordeelsontneming.

Een tweede type van civielrechtelijke aspecten betreft onderdelen van de ontnemingswetgeving die niet direct zijn afgeleid van het civiele recht, maar waarbij het civiele recht wel een rol zou kunnen spelen bij de interpretatie van de betreffende onderdelen. In de wetsgeschiedenis treft men bijvoorbeeld de stelling aan dat de bewijslastverdeling bij toepassing van art. 36e lid 3 Sr gelijk is aan de civielrechtelijke bewijslastverdeling.³⁴ De civielrechtelijke bewijslastverdeling is in dit geval niet van toepassing verklaard, maar de minister *vergelijkt* de strafrechtelijke regeling met de civielrechtelijke. Hij veronderstelt op dat moment dat er ook sprake is van vergelijkbare grootheden. In hoeverre die veronderstelling juist is, vormt in dit boek eveneens onderwerp van onderzoek.

10. Dit tweede type van civielrechtelijke aspecten geeft in wezen al de tweede reden aan voor het betrekken van het civiele recht in dit onderzoek, te weten: interne

31 Zie met name Memorie van Toelichting, p. 52-58. Deze aanduiding treft men ook aan in het advies van de Hoge Raad, nr. 94, en het advies van het parket bij de Hoge Raad, nr. 4344, d.d. 22 december 1988, over het voorontwerp van de ontnemingswetgeving (het rapport van de werkgroep-Schutte).

32 Memorie van Toelichting, p. 55.

33 Ik heb dit onderscheid reeds eerder gemaakt. Zie Borgers 1999, p. 24-28.

34 Memorie van Toelichting, p. 14. Zie daarover nader nr. 358.

rechtsvergelijking.³⁵ Op twee plaatsen vergelijk ik de regeling van de ontnemingsmaatregel met een aanverwante civielrechtelijke regeling. Het betreft *a.* de uitwerking van (een aantal aspecten van) het voordeelsbegrip aan de hand van het schadebegrip, en *b.* de verdeling van de bewijslast. De tweede uitwerking is mede ingegeven door de vergelijking die de minister zelf reeds in de kamerstukken maakt met de regeling van art. 36e lid 3 Sr. Los daarvan beoogt de interne rechtsvergelijking inspiratie te bieden voor de uitwerking van de strafrechtelijke regeling.³⁶ In die zin is interne rechtsvergelijking niet wezenlijk anders dan externe rechtsvergelijking. De methodologische opmerkingen die over de externe variant zijn gemaakt, zijn ook hier relevant.

3 De opbouw van dit boek

11. Het onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de ontnemingsmaatregel is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 sta ik allereerst stil bij een aantal internationale ontwikkelingen uit de jaren tachtig en negentig die ertoe heeft geleid dat in veel landen, waaronder Nederland, het ontnemen van misdadigdel tot een belangrijk onderdeel van de bestrijding van verschillende vormen van ernstige criminaliteit is gemaakt. Aan de hand van een schets van deze ontwikkelingen wordt beschreven welke grondslagen voor de voordeelsontneming in dat kader worden verondersteld. Daarbij ga ik nader in op de onderbouwing van deze grondslagen. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens de opkomst van de ontnemingsmaatregel in het Nederlandse strafrecht beschreven. Die beschrijving beoogt de redenen voor invoering en wijziging van de ontnemingsmaatregel in kaart te brengen. Tevens beschrijf ik de opkomst van de voordeelsontneming in het Duitse (bestuurs)strafrecht. Daarmee wordt een zekere basiskennis aangereikt voor de rechtsvergelijking die in het vervolg van het boek plaatsvindt.

Het vierde hoofdstuk is gewijd aan het karakter van de ontnemingsmaatregel. Hierin wordt meer in detail onderzocht welke grondslag deze maatregel kent en worden naast deze grondslag enkele andere kenmerken – tezamen het karakter – van de maatregel beschreven. Omdat de gedachte nog wel eens leeft dat de wetgever met de ontnemingswetgeving tevens heeft beoogd de rechtsbescherming

35 Zie over interne rechtsvergelijking met name Bloembergen 1992a, en voorts Asser-Vranken 1995, nr. 191-197.

36 Een ander belangrijk doel van interne rechtsvergelijking is het verwezenlijken van eenheid van recht. Zie Bloembergen 1992a, p. 364, 367, 370. Hoe aansprekend dit doel ook is, in deze studie speelt het geen grote rol (vgl. echter nr. 288-293). De belangen die een doorslaggevende rol spelen bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel enerzijds en in civielrechtelijke verhoudingen anderzijds, zijn over de gehele linie gezien te verschillend om een dergelijke eenheid te bewerkstelligen. Zie met name nr. 485. Vgl. in meer algemene zin Asser-Vranken 1995, nr. 191, en Groenhuijsen 1996c, p. 20.

van de betrokkene in te perken, komt tevens de vraag aan de orde in hoeverre het karakter van de ontnemingsmaatregel inderdaad een verminderde mate van rechtsbescherming behelst.

In het vijfde tot en met negende hoofdstuk worden achtereenvolgens de verschillende onderdelen van de ontnemingsmaatregel besproken. In hoofdstuk 5 gaat het om de reikwijdte van deze maatregel. Aan de orde komen onder andere de strafbare feiten waarvoor een ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd. Ook wordt er nader ingegaan op de vraag in hoeverre beslissingen in de hoofdzaak – bijvoorbeeld vrijspraak of niet-ontvankelijkheid – van invloed (kunnen) zijn op de oplegging.

Indien de rechter heeft vastgesteld op welke strafbare feiten de ontnemingsmaatregel in een concreet geval betrekking heeft, moet hij vervolgens drie beslissingen nemen: de vaststelling van de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel, de vaststelling van de hoogte van de betalingsverplichting en de bepaling van de duur van de vervangende hechtenis. In hoofdstuk 6 staat het begrip 'voordeel' centraal. Aan de orde komen onder andere de wijze waarop voorwerpen worden gewaardeerd, de aftrek van kosten en het vereiste causale verband tussen strafbaar feit en voordeel. Hoofdstuk 7 heeft betrekking op de vaststelling van de feiten die relevant zijn voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel. Deze feiten betreffen enerzijds de strafbare feiten waarvoor de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd, en anderzijds feiten die voor de vaststelling van het voordeel van belang zijn. In dit hoofdstuk komt tevens het derde lid van art. 36e Sr aan de orde, op grond waarvan – met behulp van een bewijsconstructie – voordeel kan worden ontnomen uit strafbare feiten die de betrokkene niet zelf heeft begaan. Hoofdstuk 8 gaat in op de betalingsverplichting. De hoogte hiervan is in beginsel gelijk aan de omvang van het voordeel, maar er kunnen redenen zijn om het bedrag naar beneden bij te stellen. De vervangende hechtenis is onderwerp van hoofdstuk 9.

In de slotbeschouwing komen, naar aanleiding van de beschouwingen in de voorgaande hoofdstukken, twee vragen aan de orde. Ten eerste, in hoeverre hangen het karakter van de ontnemingsmaatregel en de voorwaarden tot oplegging samen? Ten tweede, welke knelpunten kent de huidige regeling van de ontnemingsmaatregel en welke aanpassingen zijn wenselijk?

12. In dit boek spreek ik telkens van de betrokkene in plaats van de verdachte of de veroordeelde. De reden daarvoor is dat de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd in een van de hoofdzaak – de eigenlijke strafzaak – afgesplitste ontnemingszaak. Het is daardoor mogelijk dat men in de hoofdzaak reeds onherroepelijk is veroordeeld, terwijl de ontnemingsprocedure nog lopende is en men in die

procedure nog als verdachte wordt beschouwd.³⁷ Teneinde verwarring door wisselend gebruik van de termen 'verdachte' en 'veroordeelde' te voorkomen, heb ik ervoor gekozen de meer neutrale term 'betrokkene' te hanteren.³⁸

Het onderzoek is afgesloten op 1 januari 2001. Met nadien gepubliceerde rechtspraak en literatuur heb ik, op een enkele uitzondering na, geen rekening meer kunnen houden.

37 In de wet komt dit met name tot uitdrukking in art. 27 lid 3 Sv. Daarin is bepaald dat de 'aan de verdachte toekomende rechten' eveneens toekomen aan de veroordeelde te wiens aanzien nog niet onherroepelijk op een ontnemingsvordering is beslist.

38 De term 'betrokkene' wordt met betrekking tot de schikking ook genoemd in art. 511c Sv.

Het internationale raamwerk

1 Inleiding

13. Voordeelsontneming is een kind van zijn tijd. De veelal sterk instrumentele wetgeving waarmee in de westerse wereld wordt getracht wederrechtelijk verkregen vermogensbestanddelen te confisqueren,¹ hangt samen met een politiek klimaat waarin fenomenen als (internationale) drugshandel, andere vormen van georganiseerde criminaliteit en het witwassen van misdadige opbrengsten, als ernstige maatschappelijke problemen worden ervaren. Dit politieke klimaat kenmerkt zich door een beleid dat gericht is op zowel het voorkomen van als repressie tegen deze vormen van criminaliteit. Eén van de maatregelen daarbij is het ontnemen van het misdaadgeld.

Een neerslag van dit beleid wordt op internationaal niveau gevormd door onder meer een aantal verdragen die de verdragspartijen verplichten de nationale wetgeving zo in te richten dat voordeelsontneming – zowel in nationaal als in internationaal verband – effectief kan plaatsvinden. De twee belangrijkste verdragen daarbij zijn het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen² (hierna: het Weense verdrag) en het Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven van de Raad van Europa³ (hierna: het Straatsburgse verdrag).⁴ Nederland is bij beide verdragen partij.

1 Zie voor een overzicht van de mogelijkheden tot ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen in de Verenigde Staten en in diverse West-Europese landen onder meer de *Landesberichte* van het Max-Planck-Institut uit 1989 en 1997 (Meyer, Dessecker & Smettan 1989, en Kilchling & Kaiser 1997) en de bijdragen aan de *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1997, nr. 3, p. 191-361. Zie ook Stessens 1997, p. 38-100, Weigend 1997, p. 536-543, en het FATF-rapport *Evaluation of laws and systems in FATF members dealing with asset confiscation and provisional measures* (gepubliceerd op het internet: www.oecd.org/fatf).

2 *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, afgesloten op 19 december 1988 te Wenen, Trb. 1989, 97, en Trb. 1990, 94 (goedgekeurd bij Rijkswet van 2 juli 1993, Stb. 387).

3 *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime*, afgesloten op 8 november 1990 te Straatsburg, Trb. 1990, 172, Trb. 1993, 88, en Trb. 1998, 267 (goedgekeurd bij Rijkswet van 10 maart 1993, Stb. 164).

4 Aan deze verdragen zijn enkele andere verdragen gerelateerd, specifiek met het oog op internationale samenwerking. Voorbeelden zijn de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika inzake wederzijdse samenwerking bij de opsporing, inbeslagneming en confiscatie van opbrengsten van en hulpmiddelen bij het plegen van misdrijven en de verdeling van geconfisqueerde voorwerpen, afgesloten op 20 november 1992 te Washington, Trb. 1993, 5, en het Verdrag tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van het

In dit hoofdstuk worden de achtergronden en de inhoud van het Weense verdrag en van het Straatsburgse verdrag beschreven, waarbij de nadruk ligt op de rechtspolitieke achtergrond van de verdragen en de verplichtingen die de verdragen ten aanzien van de inrichting van de nationale wetgeving bevatten.⁵ Daarna geef ik een kort overzicht van enkele andere internationale initiatieven met betrekking tot de bestrijding van misdaadgeld.⁶ Deze beschrijving beoogt het internationale kader te schetsen waarbinnen de Nederlandse ontnemingswetgeving tot stand is gekomen. Vervolgens tracht ik na te gaan welke veronderstellingen ten grondslag liggen aan de internationale verplichtingen tot het opnemen van de mogelijkheid van confiscatie in de nationale wetgeving. Tevens onderzoek ik in hoeverre die veronderstellingen gegrond zijn.

Wat betreft de terminologie, in dit hoofdstuk worden confiscatie en ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen als synoniemen gehanteerd.

2 Het Weense verdrag

2.1 De achtergronden van het Weense verdrag

14. De Verenigde Naties spelen reeds lange tijd een belangrijke rol bij de mondiale bestrijding van het gebruik van en de handel in verdovende middelen. Dat komt onder meer tot uiting in het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen van 1961 (gewijzigd door een Protocol uit 1972) en het Verdrag inzake psychotrope stoffen van 1971.⁷ Deze verdragen richten zich hoofdzakelijk op het beheersen van de produktie van drugs (beperking daarvan tot medische en wetenschappelijke doeleinden) en het voorkomen van het aanbod van drugs op de illegale markt.⁸

Op instigatie van de Algemene Vergadering⁹ heeft er in 1987 een congres plaatsgevonden over drugsgebruik en de illegale handel daarin. Deze bijeenkomst had onder meer tot doel om te komen tot een nieuw verdrag teneinde de illegale handel in drugs effectiever te kunnen bestrijden. Tijdens het congres is een

Verenigd Koninkrijk van Groot-Britannië en Noord-Ierland ter aanvulling en vergemakkelijking van de werking van de Overeenkomst van de Raad van Europa inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven, afgesloten op 15 september 1993 te Londen, Trb. 1993, 150.

5 De internationale rechtshulp blijft hier buiten beeld. Zie daarover, met nadere verwijzingen, Lamp 2000, passim.

6 Deze en aanverwante initiatieven zijn vanuit het perspectief van de bestrijding van het witwassen besproken door onder andere Groenhuijsen & Van der Landen 1995, p. 23-37, Gilmore 1999, p. 49-183, Mul 1999, p. 39-119, en Schaap 1999, p. 151-206. Zie voorts het overzicht bij Lamp 2000, p. 11-35, 144-146.

7 Zie Trb. 1962, 30, Trb. 1963, 81, Trb. 1980, 184, en Trb. 1989, 129.

8 Zie Sproule & St.-Denis 1989, p. 265, Stessens 1997, p. 14-15, en Gilmore 1999, p. 49-50.

9 Resolutie van de Algemene Vergadering d.d. 14 december 1984, resolutie 39/141.

document opgesteld, de *Comprehensive Outline of Future Activities in Drug Abuse Control*,¹⁰ waarin wordt gewezen op het feit dat de handel in verdovende middelen zich sterk heeft uitgebreid en daarbij een steeds verdergaande invloed heeft gekregen op de maatschappij. De drugscriminaliteit beperkt zich niet alleen tot de handel in verdovende middelen, maar omvat ook andere strafbare gedragingen zoals corruptie, intimidatie en wapenhandel, die veelal in georganiseerd verband plaatsvinden. De geldstromen die daarmee gemoeid zijn, zijn dusdanig groot dat deze invloed (kunnen) uitoefenen op de legale economie. Het is daarom, aldus de *Comprehensive Outline*, van belang dat de opbrengsten van de drugshandel worden geconfisqueerd, zowel op nationaal niveau als in internationaal verband.¹¹

15. In 1988 komt het Weense verdrag tot stand. In de preambule wordt de gedachte achter dit verdrag, voor zover in relatie tot de confiscatie van belang, als volgt geformuleerd:

De Partijen van dit Verdrag,

Ten eerste verontrust door de omvang en de groei van de clandestiene productie van, de vraag naar en de handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, die een ernstige bedreiging vormen voor de gezondheid en het welzijn van mensen en de economisch, culturele en politieke fundamenteen aantasten, (...)

De verbanden erkennende tussen sluikhandel en andere, verwante, georganiseerde misdadige praktijken die de legale economieën ondermijnen en een bedreiging vormen voor de stabiliteit, de veiligheid en de soevereiniteit van Staten, (...)

Zich bewust van het feit dat sluikhandel grote geldelijke voordelen en rijkdom oplevert, waardoor internationale misdadige organisaties in staat worden gesteld bestuurlijke structuren, de legale commerciële en financiële bedrijvigheid en de samenleving op al haar niveaus binnen te dringen, te besmetten en aan te tasten,

Vastbesloten personen die betrokken zijn bij sluikhandel de opbrengsten van hun misdadige praktijken te ontnemen en daardoor hun belangrijkste drijfveer voor deze praktijken weg te nemen,

Geleid door de wens de grondoorzaken van het probleem van misbruik van verdovende middelen en psychotrope stoffen weg te nemen, daaronder begrepen de illegale vraag naar dergelijke middelen en stoffen en de enorme winsten die uit sluikhandel worden verworven, (...)¹²

10 Opgenomen in Gilmore 1992, p. 57-74.

11 Gilmore 1992, p. 61-62, 71-72. Zie over de achtergronden van het Weense verdrag onder meer Sproule & St.-Denis 1989, Zagaris 1990, p. 340-341, en Gilmore 1999, p. 49-51.

12 Dit citaat en andere citaten uit de verdragstekst zijn afkomstig uit de Nederlandse vertaling van het verdrag, opgenomen in Trb. 1990, 94.

De teneur van de preambule is duidelijk: de handel in verdovende middelen heeft een grote omvang, vindt plaats in georganiseerd en transnationaal verband, heeft grote invloed op de nationale en internationale economie en daarmee ook op de politieke stabiliteit. Het wapen in de strijd tegen de drugshandel is het wegnemen van datgene waar die handel om draait: geld. Vanuit dit perspectief voorziet het Weense verdrag in onder meer de strafbaarstelling van allerlei drugsmisdrijven, al dan niet in georganiseerd verband, alsmede daaraan gerelateerde helings- en witwashandelingen (art. 3), uitgebreide mogelijkheden tot confiscatie, ook in internationaal verband, (art. 5) en verschillende vormen van internationaal strafrechtelijke samenwerking (art. 6-10).¹³

Ook na de totstandkoming van het Weense verdrag is de aandacht van de Verenigde Naties voor de internationale drugshandel onverminderd gebleven. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het *Global Programme of Action* uit 1990, waarin de lidstaten (wederom) worden opgeroepen te voorzien in mogelijkheden tot confiscatie van de opbrengsten van drugsmisdrijven, zowel op nationaal niveau als in internationaal verband.¹⁴ Ook daarna komt de confiscatie nog regelmatig aan bod, veelal in het kader van de bestrijding van georganiseerde criminaliteit.¹⁵

2.2 Verplichtingen ten aanzien van de nationale wetgeving

16. Art. 5 van het Weense Verdrag bevat een aantal bepalingen ten aanzien van de confiscatie.¹⁶ Op grond van art. 5 lid 1 is elke verdragspartij verplicht maatregelen te nemen die nodig zijn om confiscatie mogelijk te maken van elk voorwerp dat middellijk of onmiddellijk is verkregen uit de in art. 3 lid 1 genoemde strafbare feiten, of van een vermogensbestanddeel van gelijke waarde. Art. 3 lid 1 noemt – kort gezegd – drugsmisdrijven, heling en (andere) witwas-activiteiten. Het Weense verdrag laat de verdragspartijen de keuze of de nationale wetgeving

13 Deze verdragsbepalingen zijn de inspiratiebron geweest voor de Nederlandse wetgeving met betrekking tot de voordeelsontneming en de bestrijding van het witwassen, aldus Schaap 1999, p. 175.

14 Resolutie S-17/2 van de Algemene Vergadering d.d. 15 maart 1990, opgenomen in Gilmore 1992, p. 139-149, op p. 147-149. Zie ook Werner 1996, p. 43-44.

15 Zie bijvoorbeeld *Control of proceeds of crime, Report of the Secretary-General*, UN-doc. E/CN.15/1993/4 (25 januari 1993). Interessant is ook de *Model decree for the confiscation of criminal proceeds* (opgenomen in *Report of the Ad Hoc Expert Group Meeting on Strategies to Deal with Transnational Crime*, UN-doc. E/CN.15/1992/4/Add. 1 (5 maart 1992), p. 16-19) waarin met name aanbevelingen worden gedaan voor nationale wetgeving met betrekking tot financiële opsporing. De activiteiten van de Verenigde Naties zijn zich in de loop van de jaren negentig steeds meer gaan concentreren op de bestrijding van de georganiseerde misdaad. Zie voor een compilatie van documenten van de Verenigde Naties op dit terrein: Bassiouni & Vetere 1998.

16 Onder 'confiscatie' wordt op grond van art. 1 sub f verstaan: 'het blijvend ontnemen van de beschikkingsmacht over voorwerpen op bevel van een rechter of van een andere bevoegde autoriteit'.

zich richt op de confiscatie van het object dat de wederrechtelijke opbrengsten vormt of belichaamt, of van de waarde van die opbrengsten.¹⁷

Deze confiscatieplicht wordt niet beperkt tot de confiscatie van voorwerpen die middellijk of onmiddellijk uit het strafbare feit zijn verkregen. In art. 5 lid 6 worden aanvullende voorschriften gegeven voor het geval de voorwerpen zijn omgezet of vermengd. Het omzetten of vermengen mag niet aan de weg staan aan de mogelijkheid van confiscatie. Daarnaast moet ook ontneming van vermogen dat is behaald door middel van de primaire opbrengst (bijvoorbeeld rente op gelden die door middel van misdrijven zijn verkregen), worden toegestaan. Deze voorschriften hebben tot gevolg dat witwas-activiteiten waarbij de oorspronkelijke opbrengsten van gedaante wisselen teneinde de herkomst daarvan te versluieren, in beginsel geen effect hebben op de mogelijkheid van confiscatie.¹⁸ De opsomming van art. 5 lid 6 omvat immers allerlei soorten van gedaantewisseling.¹⁹ Het komt er in feite op neer dat al hetgeen aan opbrengsten dat kan worden herleid tot de in art. 3 lid 1 genoemde misdrijven, binnen het bereik van de confiscatiemogelijkheden valt, althans behoort te vallen.²⁰

17. Art. 5 bevat nog een aantal andere bepalingen die betrekking hebben op de confiscatie. Allereerst het zevende lid: 'Elke Partij kan bepalen dat de bewijslast wordt omgedraaid ten aanzien van de wettige oorsprong van vermeende opbrengsten

17 *Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, opgenomen in Gilmore 1992, p. 98-138, op p. 112. Zie ook Gilmore 1995, p. 54, 57. Een nadere bespreking van het onderscheid tussen object- en waardeconfiscatie treft men aan bij Schutte 1990, in het bijzonder p. 9-10, Geerts, Ruis & Vos 1994, p. 110-111, en Stessens 1997, p. 41-55.

18 Zie Sproule & St.-Denis 1989, p. 283-285. Vgl. ook Gilmore 1999, p. 59, en *Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, opgenomen in Gilmore 1992, p. 98-138, op p. 118.

19 Zie ook Stessens 1997, p. 66-67. Keulen 1999, p. 16, beschouwt de voorschriften in art. 5 lid 6 als '(...) een limitatieve opsomming van vermogensbestanddelen die geconfiscieerd moeten worden.' Hij voegt daar aan toe: 'Deze opbouw maakt duidelijk dat het Weense Verdrag zich richt op nog aanwezig vermogen. Het Weense Verdrag verplicht niet tot een poging, kale kippen te plukken.' Deze conclusie kan ik niet onderschrijven. Allereerst is de 'limitatieve opsomming' in art. 5 lid 6 behoorlijk ruim opgezet. De bepaling beoogt immers om allerlei verschijningsvormen van de (primaire) opbrengsten onder de mogelijkheid van confiscatie te brengen (zie de hoofdstekst). Dat het Weense verdrag zich met de opsomming zou beperken tot nog aanwezig vermogen, kan ik niet in (het systeem van) het verdrag lezen. Juist de ruime opsomming alsmede de mogelijkheid van (waarde)confiscatie van andere voorwerpen dan de opbrengsten, geeft de voorgeschreven wijze van confiscatie een ruime, en geen beperkte, reikwijdte. Aan Keulen kan wel worden toegegeven dat zolang de opbrengsten of enige afgeleide vorm noch andere voorwerpen van gelijke waarde worden aangetroffen, confiscatie praktisch niet mogelijk is.

20 Vgl. ook art. 1 van het *Optional Protocol to the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters concerning the proceeds of crime* (opgenomen in Gilmore 1992, p. 153): '(...) proceeds of crime means (...) property directly or indirectly derived or realized as a result of the commission of an offence or to represent the value of property and other benefits derived from the commission of an offence.'

of andere voorwerpen die vatbaar zijn voor confiscatie (...)’ voor zover dat strookt met de beginselen en de aard van het nationale recht. De verdragspartijen zijn niet verplicht een dergelijke bewijslastbepaling in het nationale recht op te nemen. Het Weense verdrag doet – gelet op het woord ‘kan’ – alleen die suggestie.²¹ Daarbij valt op dat de tekst van lid 7 zich beperkt tot de mogelijkheid van een bewijslastomkering met betrekking tot de oorsprong van de opbrengsten, en niet bijvoorbeeld de waarde van de verkregen opbrengsten of het bestaan daarvan.²²

Het achtste lid van art. 5 bevat een dwingende norm: de rechten van derden te goeder trouw mogen niet worden geschaad door (onder meer) de confiscatiemogelijkheden. De wijze waarop de bescherming van deze rechten in het nationale recht moet plaatsvinden, laat het Weense verdrag over aan de verdragspartijen.

3 Het Straatsburgse verdrag

3.1 De achtergronden van het Straatsburgse verdrag

18. Het Straatsburgse verdrag is niet het eerste verdrag uit de koker van de Raad voor Europa. Het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens (EVRM) is waarschijnlijk het bekendste verdrag, maar daarnaast zijn er nog veel andere verdragen met betrekking tot het (internationale) strafrecht binnen het verband van de Raad van Europa tot stand gekomen.²³

Sinds eind jaren zeventig toont de Raad van Europa belangstelling voor misdaadgeld, in het bijzonder het witwassen daarvan.²⁴ Dit heeft allereerst geleid

21 Zie ook Gilmore 1999, p. 60. Bij de voorbereiding van het Weense verdrag heeft onder andere de Nederlandse regering gepleit voor een niet-verplicht karakter van de bewijslastomkering: ‘(...) it would be unwise to incorporate international rules of evidence in a convention, particularly when those rules tend to weaken the general basic principles of law of criminal procedure concerning the presumption of innocence.’ Zie *Preparation of a draft convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, Report of the Secretary-General*, UN-doc. E/CN.7/1987/2/Add.1 (30 december 1986), p. 32. De Nederlandse wetgever heeft dan ook niet geopteerd voor een omkering van de bewijslast in art. 36e Sr. Er zijn echter wel bijzondere criteria voor de bewijswaardering (‘voldoende aanwijzingen’, ‘aannemelijk’) ingevoerd. Zie hierover hoofdstuk 7.

22 Vgl. *Report of the open-ended intergovernmental expert group meeting on the preparation of a draft convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances*, UN-doc. E/CN.7/1988/2 (Part IV) (8 februari 1988), p. 10: ‘each Party may consider ensuring that the onus of proof be reversed regarding the legitimacy of proceeds or other property liable to confiscation (...)’. Zie ook Keulen 1999, p. 16. In een eerder stadium was overigens geopperd de bewijslastomkering te beperken tot de schatting van de hoogte van het behaalde voordeel. Zie *Report of the open-ended intergovernmental expert group meeting on the preparation of a draft convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances*, UN-doc. E/CN.7/1988/2 (Part II) (23 oktober 1987), p. 17.

23 Bijvoorbeeld het Europees Verdrag betreffende uitlevering (Trb. 1965, 9) en het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken (Trb. 1965, 10, Trb. 1969, 63).

24 Zie Nilsson 1992, p. 460, Werner 1996, p. 39-40, en Gilmore 1999, p. 123-124.

tot de aanbeveling *Measures against the Transfer and Safekeeping of Funds of Criminal Origin* van 27 juni 1980.²⁵ De aanbevolen maatregelen – die achteraf gezien overigens nauwelijks effect hebben gehad²⁶ – hebben met name betrekking op de rol van financiële instellingen bij het witwassen en de verplaatsing van het misdaadgeld over de landsgrenzen. De lidstaten worden opgeroepen deze instellingen onder meer te verplichten identiteitscontroles uit te voeren bij verschillende financiële handelingen, zoals het openen van een rekening. Daarnaast zouden de lidstaten moeten voorzien in nationale en internationale samenwerking tussen financiële instellingen en justitiële autoriteiten op het gebied van herkenning van en informatie over bankbiljetten die in relatie staan tot strafbare feiten. Op deze wijze zou moeten worden voorkomen dat ernstige vormen van criminaliteit invloed hebben op de economie en dat die invloed verder kan uitgroeien.²⁷ De aanbevolen aanpak is daarbij preventief van aard. Repressie, bijvoorbeeld in de vorm van confiscatie, is nog niet aan de orde.

19. De eerste stap tot het opstellen van het Straatsburgse verdrag wordt genomen in 1986. Tijdens een bijeenkomst van de Raad van Europa besluiten de Ministers van Justitie dat de *European Committee on Crime Problems* (CPDC) internationale normen moet trachten te formuleren voor een effectieve internationale samenwerking met betrekking tot het opsporen, in beslag nemen en confisqueren van de opbrengsten van illegale drugshandel. Het formuleren van deze normen moet mede in het licht van de activiteiten van de Verenigde Naties geschieden, die op dat moment werken aan de voorbereiding van het Weense verdrag. Het CPDP betreft bij haar werkzaamheden ook de opbrengsten uit andere vormen van criminaliteit dan alleen de illegale drugshandel.

20. Op 8 november 1990 komt het Straatsburgse verdrag tot stand.²⁸ Dit verdrag heeft als primaire doelstelling internationale samenwerking mogelijk te maken met betrekking tot het opsporen, inbeslagnemen en confisqueren van de opbrengsten van *alle* soorten criminaliteit.²⁹ Het gaat, anders dan in het Weense verdrag, niet

25 Recommendation no. R (80) 10, opgenomen in Gilmore 1992, p. 169-170. Zie daarover nader Mul 1999, p. 48-53.

26 Van Roosbroeck 1995, p. 12. Vgl. ook Nilsson 1992, p. 461. De Raad van Europa heeft in 1988 een onderzoek gedaan, waaruit bleek dat de aanbeveling in geen enkel land op vrijwillige basis werden uitgevoerd. Niettemin heeft deze wel een belangrijke rol gespeeld bij de voorbereiding van het Straatsburgse verdrag, aldus Mul 1999, p. 53, en bij het opstellen van de (nog te bespreken) aanbevelingen van de FATF, aldus Schaap 1999, p. 155.

27 Zie ook Explanatory Memorandum, opgenomen in Gilmore 1992, p. 171-176, op p. 171.

28 Zie over de achtergronden van het Straatsburgse verdrag: Explanatory Report 1991, p. 5-6, Nilsson 1992, p. 458-467, Gilmore 1999, p. 123-124, en Mul 1999, p. 53-54.

29 Het Straatsburgse verdrag staat daarbij ook open voor andere staten dan lidstaten van de Raad van Europa. Om deze reden draagt het Straatsburgse verdrag in zijn titel niet het woord 'Europees'. Zie Explanatory Report 1991, p. 12.

enkel meer om aan de handel in drugs gerelateerde misdrijven en om een georganiseerd verband waarin de misdaden worden begaan. De gedachte achter deze doelstelling komt duidelijk naar voren in de preambule van het verdrag:

De lidstaten van de Raad van Europa en de andere Staten die deze Overeenkomst hebben ondertekend, (...)

Overtuigd van de noodzaak een gezamenlijk strafrechtelijk beleid te voeren dat is gericht op de bescherming van de maatschappij;

Overwegende dat de bestrijding van de zware criminaliteit, die in toenemende mate een internationaal probleem wordt, het gebruik van moderne en doeltreffende methoden vergt op internationaal niveau;

In de mening dat één van die methoden behelst de daders de opbrengsten van misdrijven te ontnemen; (...)³⁰

Evenals in de preambule van het Weense verdrag wordt ook hier de connectie gemaakt tussen bestrijding van ernstige vormen van criminaliteit en confiscatie van de illegale opbrengsten. Het Straatsburgse verdrag voorziet vanuit dit perspectief onder meer in de verplichting tot het mogelijk maken van confiscatie (art. 2), de verplichting tot het strafbaarstellen van witwassen (art. 6) en diverse vormen van internationale samenwerking (art. 7-35).

3.2 *Verplichtingen ten aanzien van de nationale wetgeving*

21. Het Straatsburgse verdrag verplicht de partijen in art. 2 lid 1 maatregelen van wetgevende of andere aard te nemen '(...) die noodzakelijk zijn om haar in staat te stellen (...) opbrengsten, of voorwerpen waarvan de waarde overeenkomt met die opbrengsten, te confisqueren'.³¹ Deze confiscatieplicht ziet, evenals die in het Weense verdrag, ook toe op opbrengsten die zijn vermengd of omgezet, en op het profijt dat met de (primaire opbrengsten) wordt behaald.³²

30 Dit citaat en andere citaten uit de verdragstekst zijn afkomstig uit de Nederlandse vertaling van het verdrag, opgenomen in Trb. 1990, 172.

31 Onder 'opbrengsten' wordt daarbij verstaan: 'elk economisch voordeel dat uit strafbare feiten is verkregen' (art. 1 sub a). Met confiscatie bedoelt het Straatsburgse verdrag: 'een straf of maatregel opgelegd door een rechter na een procedure in verband met één of meer strafbare feiten, welke straf of maatregel leidt tot het blijvend ontnemen van de beschikkingsmacht over voorwerpen'.

32 Dit is niet expliciet in het verdrag bepaald, maar die mogelijkheid vloeit voort uit de definitie van 'opbrengsten' (art. 1 sub a). Zie nader Explanatory Report 1991, p. 14, en Stessens 1997, p. 66. Een beperking volgt echter uit art. 18 lid 4 sub b. Daarin is bepaald dat de aangezochte staat de internationale rechtshulp kan weigeren indien '(...) de samenwerking in strijd is met de beginselen van de nationale wetgeving van de aangezochte partij betreffende de mogelijkheden van confiscatie, gelet op het verband tussen een strafbaar feit en (i.) een economisch voordeel dat zou kunnen worden aangemerkt als de opbrengst daarvan (...)'. Deze bepaling heeft als gevolg dat indien een verdragspartij bijvoorbeeld de confiscatie van vervolgprijs niet kent, ook niet tot internationale samenwerking is gehouden met betrekking tot een soortgelijke confiscatie. Zie Explanatory Report 1991, p. 39-40.

Het tweede lid van art. 2 biedt de verdragspartijen de mogelijkheid de confiscatie te beperken tot bepaalde strafbare feiten.³³ Uitgangspunt is derhalve dat confiscatie betrekking kan hebben op alle strafbare feiten waardoor opbrengsten zijn gegenereerd.³⁴ Nederland heeft van de beperkingsmogelijkheid gebruik gemaakt door delicten die in de belastingwetgeving strafbaar zijn gesteld uit te zonderen (art. 74 AWR).³⁵ Voordelen die uit deze delicten worden verkregen, kunnen langs fiscale weg worden ontnomen.³⁶

De confiscatie mag rechten van onschuldige derden niet frustreren.³⁷ Vanuit dat perspectief schrijft art. 5 voor dat elke verdragspartij moet voorzien in *effective legal remedies* voor belanghebbenden teneinde hun belangen veilig te stellen.³⁸

22. Voor het overige voorziet het Straatsburgse verdrag met betrekking tot de confiscatie in voorschriften met betrekking tot de internationale samenwerking bij het ontnemen van misdadgeld.³⁹ Dit verdrag beoogt hoofzakelijk internationale rechtshulp mogelijk te maken, ook als de verzoekende staat de confiscatie naar nationaal recht anders heeft vormgegeven dan de aangezochte staat. Unificatie van nationale wetgevingen met betrekking tot de vorm en de reikwijdte van de confiscatie-mogelijkheden is niet het primaire doel van het Straatsburgse verdrag.⁴⁰

33 De gedachte achter deze bepaling is dat door de mogelijkheid van een voorbehoud het Straatsburgse verdrag sneller en door meer staten zal worden geratificeerd. Het blijft echter wenselijk, aldus het Explanatory Report 1991, p. 17, dat de verdragspartijen de confiscatiemogelijkheden voor zoveel mogelijk strafbare feiten openstellen.

34 Zie Explanatory Report 1991, p. 17.

35 Art. 2 sub a van de goedkeuringswet (Stb. 1993, 164).

36 Zie Memorie van Toelichting, TK 1990-1991, 22 081 (R 1407), nr. 3, p. 3.

37 Zie Explanatory Report 1991, p. 19. Zie ook art. 22 lid 2 sub a, en daarover Explanatory Report 1991, p. 44-45.

38 Van een *effective legal remedy* is sprake, aldus Explanatory Report 1991, p. 19-20, indien belanghebbenden door de autoriteiten worden geïnformeerd over de mogelijkheden om in rechte op te komen tegen de confiscatie of inbeslagneming (ook als de confiscatie reeds onherroepelijk is uitgesproken) en indien de procedure aan bepaalde behoorlijkeheidsmaatstaven voldoet, zoals bijstand van een advocaat en het naar voren mogen brengen van bewijsmateriaal.

39 Zo zijn de verdragspartijen in principe verplicht in de nationale wetgeving te voorzien in beide vormen van confiscatie. Deze plicht is opgenomen in art. 7 lid 2 sub a van het Straatsburgse verdrag. De ratio hiervan is dat elke verdragspartij in staat zou moeten zijn om een buitenlandse confiscatie in het eigen land ten uitvoer te leggen, of het nu gaat om object- of waardeconfiscatie (art. 13 lid 1 sub a en lid 3). Zie Explanatory Report 1991, p. 16, 22, 29, Schutte 1990, p. 30-31, Nilsson 1992, p. 473, Stessens 1997, p. 562, en Gilmore 1999, p. 131.

40 Dat neemt niet weg dat verschillende bepalingen uit het Weense en het Straatsburgse verdrag wel tot enige harmonisatie leiden. Zie Schutte 1990, p. 30, en Nilsson 1992, p. 467. Deze harmonisatie is echter dienstbaar aan de doelstelling van beide verdragen: het mogelijk maken van effectieve internationale samenwerking.

4 **Andere internationale initiatieven**

23. Naast het Weense en het Straatsburgse verdrag zijn er ook andere internationale initiatieven die zijn gericht op de bestrijding van misdaadgeld.⁴¹ Ik loop deze langs om zodoende de inhoud van deze initiatieven te schetsen.

Een eerste initiatief dat kan worden genoemd, is de *Statement on Prevention of Criminal Use of the Banking System* van het *Basle Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices* van 12 december 1988.⁴² Het Bazel-comité bestaat uit vertegenwoordigers van centrale banken en toezichthouders van de aangesloten landen.⁴³ In zijn verklaring doet het Bazel-comité een aantal aanbevelingen om te voorkomen dat banken ongewild worden betrokken bij het witwassen van misdaadgeld. De aanbevelingen, die aan nationale financiële instellingen zijn gericht, zijn onder meer: het controleren van de identiteit van cliënten, geen medewerking verlenen aan verdachte transacties en samenwerking met justitiële autoriteiten bij verdachte financiële handelingen. Deze aanbevelingen hebben geen juridische status, maar zijn bedoeld als ethische normen om betrokkenheid bij witwassen te voorkomen.⁴⁴

24. Een initiatief dat in het verlengde ligt van de verklaring van het Bazel-comité, betreft de veertig aanbevelingen van de *Financial Action Task Force* (FATF).⁴⁵ De FATF is in 1989 opgericht door de G7-landen. Naar aanleiding van een conferentie in dat jaar hebben de G7-landen alle landen opgeroepen gezamenlijk de strijd aan te gaan tegen de drugscriminaliteit en het witwassen van de opbrengsten daarvan. De G7-landen stellen in dat kader twee maatregelen voor: verdere versterking van de internationale samenwerking, met inbegrip van samenwerking met betrekking tot het opsporen, inbeslagnemen en confisqueren van de opbrengsten van drugscriminaliteit, en de oprichting van de FATF met als

41 Zie voor een overzicht van deze initiatieven, naast de bronnen genoemd in noot 6, ook Keijser-Ringnalda 1992, Keijser-Ringnalda 1994, p. 173-179, Van Roosbroeck 1995, p. 11-28, Werner 1996, p. 39-57, en P. Hoyer & Klos 1998, p. 36-81. Het Weense verdrag is waarschijnlijk (mede) de aanleiding geweest voor al deze initiatieven. Vgl. Brown 1996, p. 59-60.

42 Opgenomen in Gilmore 1992, p. 273-277. Het initiatief van het Bazel-comité komt voort uit enerzijds het benadrukken van de integriteit van het bankwezen en anderzijds het voorkomen van verliezen door betrokkenheid bij witwassen. Zie Van Roosbroeck 1995, p. 13, Mul 1999, p. 114, en Schaap 1999, p. 155, 206.

43 Bestaande uit: België, Canada, Duitsland, Frankrijk, Italië, Japan, Luxemburg, Nederland, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten van Amerika, Zweden en Zwitserland.

44 Zie Gilmore 1992, p. 275, Brown 1996, p. 11-12, Werner 1996, p. 46, en P. Hoyer & Klos 1998, p. 36.

45 De oorspronkelijke aanbevelingen van de FATF zijn opgenomen in Gilmore 1992, p. 4-24, en Gilmore 1999, p. 245-251. In 1996 zijn de aanbevelingen gedeeltelijk herzien. De actuele tekst van de aanbevelingen is te vinden bij Gilmore 1999, p. 253-262, en op het internet: www.oecd.org/fatf. Op deze site is tevens achtergrondinformatie over de FATF te vinden, evenals in Gilmore 1999, p. 79-119, Mul 1999, p. 104-113, en Schaap 1999, p. 155-159.

taak preventieve maatregelen te formuleren tegen het witwassen.⁴⁶ In 1990 publiceert de FATF, waaraan op dat moment vijftien landen deelnemen, zijn eerste rapport. Thans nemen 29 landen en twee regionale organisaties deel aan de FATF.⁴⁷

De aanbevelingen zijn in vier groepen te verdelen: *i.* algemene aanbevelingen, *ii.* aanbevelingen ten aanzien van witwasbestrijding in het nationale recht, *iii.* aanbevelingen met betrekking tot de rol van financiële instellingen en *iv.* aanbevelingen teneinde de internationale samenwerking te versterken. De eerste groep bevat onder meer de aanbeveling om het Weense verdrag te ratificeren en te implementeren. In de tweede groep is allereerst een aantal aanbevelingen opgenomen met betrekking tot het strafbaarstellen van het witwassen (zie aanbevelingen 4-6). Deze strafbaarstelling moet betrekking hebben op het witwassen van drugsgelden en van de opbrengsten van andere ernstige strafbare feiten. Aanbeveling 7 omvat voorts de mogelijkheid van confiscatie van (onder meer) voorwerpen die zijn witgewassen, van opbrengsten die door een witwasmisdrijf zijn verkregen of van voorwerpen die een gelijke waarde hebben.

De derde groep aanbevelingen is gericht op banken en (andere) financiële instellingen en heeft betrekking op onder meer de identificatie van cliënten, het bewaren van gegevens over transacties, het vaststellen van ongebruikelijke financiële handelingen en het melden daarvan aan justitiële autoriteiten. De laatste groep aanbevelingen handelt over de internationale samenwerking in de vorm van uitwisseling van informatie en wederzijdse rechtshulp met betrekking tot onder meer de confiscatie.

De werkzaamheden van de FATF hebben niet alleen betrekking op het formuleren en het actualiseren van de aanbevelingen. De FATF heeft daarnaast een drietal andere taken: *i.* wederzijdse evaluatie van de implementatie van de aanbevelingen,⁴⁸ *ii.* het bestuderen van de ontwikkelingen op het gebied van witwastechnieken en maatregelen daartegen, en *iii.* het promoten van de aanbevelingen bij landen die niet zijn aangesloten bij de FATF.⁴⁹

25. Een ander internationaal gremium dat een aantal initiatieven op het terrein van confiscatie en witwassen heeft ontplooid, is de Europese Unie. Het eerste initiatief betreft de *Richtlijn tot voorkoming van het gebruik van het financiële*

46 *Group of 7 Economic Declaration* van 16 juli 1989, opgenomen in Gilmore 1992, p. 3.

47 De deelnemers zijn: Argentinië, Australië, België, Brazilië, Canada, Denemarken, Duitsland, Europese Commissie, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hong Kong/China, Ierland, IJsland, Italië, Japan, Luxemburg, Mexico, Nederland, Nieuw Zeeland, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Raad voor samenwerking van de Golfstaten, Singapore, Spanje, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten van Amerika, Zweden en Zwitserland.

48 Zie bijvoorbeeld het *FATF Annual Report 1997-1998*, p. 15-16, waarin de implementatie van de aanbevelingen in Nederland wordt besproken.

49 Zie over de derde taak nader Groenhuijsen & Van der Landen 2000, p. 990-992.

stelsel voor het witwassen van geld uit 1991.⁵⁰ Deze richtlijn, die op voorstel van de Europese Commissie is opgesteld,⁵¹ ligt in het verlengde van het Weense verdrag en de werkzaamheden van de FATF. Aan de richtlijn ligt de gedachte ten grondslag dat het vrije verkeer van goederen en diensten binnen de EU in het voordeel kan werken van degene die misdaadgeld witwassen. Dat heeft een negatieve invloed op het aanzien en de positie van financiële instellingen.⁵² De richtlijn, die uiterlijk 1 januari 1993 door de lidstaten moest zijn geïmplementeerd in het nationale recht, bevat diverse maatregelen die enerzijds moeten voorkomen dat financiële instellingen ongewild mee werken aan verdachte transacties en anderzijds samenwerking met de justitiële autoriteiten mogelijk maken. De richtlijn bevat tevens een verplichting te voorzien in een verbod van witwassen (art. 2).⁵³ In wezen zijn lidstaten van de EU door de richtlijn gehouden het nationale recht met de aanbevelingen van de FATF in de pas te laten lopen.

Een tweede initiatief is de *Resolutie inzake de toepasselijke sanctie bij ernstige vormen van illegale handel in drugs* van 20 december 1996.⁵⁴ In deze resolutie dringt de Raad van de EU erop aan dat alle lidstaten die dit nog niet hebben gedaan, de drugs- en witwasmisdrijven zoals genoemd in art. 3 lid 1 van het Weense verdrag, strafbaar stellen en het begaan van die feiten bedreigen met (onder meer) confiscatie van de opbrengsten.

Het derde initiatief betreft het *tweede protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen*.⁵⁵ Dit protocol heeft tot doel de betreffende overeenkomst uit te breiden met onder andere de verplichting voor lidstaten te voorzien in een strafbaarstelling van

50 Richtlijn van 10 juni 1991, 91/309/EEG, Pb. L 166, 28 juni 1991, p. 77-82. Zie voor een nadere bespreking van deze richtlijn: P. Hoyer & Klos 1998, p. 60-93, Mul 1999, p. 80-93, en Schaaap 1999, p. 186-192. Op het moment van het afsluiten van de tekst van dit boek wordt er in EU-verband gesproken over een uitbreiding van de richtlijn. Zie het wijzigingsvoorstel onder documentnummer 599PC0352 (te raadplegen op het internet: europa.eu.int). Dit voorstel heeft onder andere betrekking op een meldingsplicht voor een aantal vrije beroepsbeoefenaren, waaronder advocaten en notarissen, bij ongebruikelijke transacties. Zie daarover Lamp 2000, p. 31-33, Groenhuijsen & Van der Landen 2000, p. 1002-1004, en voor wat betreft de verslaglegging daarover aan het (Nederlandse) parlement, onder andere de brief van de minister, TK 2000-2001, 21 501-05 en 23 490, nr. 302, p. 2.

51 *Proposal for a Council Directive on Prevention of Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering*, opgenomen in Gilmore 1992, p. 243-249.

52 Zie over de achtergronden nader Stessens 1997, p. 34-37, P. Hoyer & Klos 1998, p. 60, Gilmore 1999, p. 155-170, en Mul 1999, p. 80-81.

53 Deze verplichting strekt formeel overigens niet tot een *strafrechtelijk* verbod van witwassen. Dit hangt samen met het ontbreken van normerende bevoegdheid van de EU op strafrechtelijk terrein. Zie nader Groenhuijsen & Van der Landen 1995, p. 36, Brown 1996, p. 120-121, en Stessens 1997, p. 34-37. Door middel van een intergouvernementele verklaring (Pb. L 166, 28 juni 1991, p. 83) hebben de lidstaten zich echter verbonden de strafwetgeving in overeenstemming met deze verplichting te brengen.

54 Pb. C 010, 11 januari 1997, p. 3-4.

55 Pb. C 221, 19 juli 1997, p. 11-22. Zie voor de Overeenkomst, opgesteld op grond van art. K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en het eerste protocol: Pb. C 316, 27 november 1995, p. 48-57, en Pb. C 313, 23 oktober 1996, p. 1-10.

witwassen (art. 2) en de mogelijkheid van confiscatie van 'opbrengsten van fraude, actieve en passieve corruptie en het witwassen van geld, of van bezittingen waarvan de waarde overeenkomt met die opbrengsten' (art. 5).⁵⁶ De overeenkomst waartoe dit tweede protocol behoort, is een intergouvernementele regeling die de verordening betreffende de bescherming van de financiële belangen van de EG beoogt aan te vullen met verplichtingen ten aanzien van de inrichting van de strafrechtelijke wetgeving van de lidstaten.⁵⁷ De verordening voorziet overigens ook in de mogelijkheid van ontneming van de opbrengst die is verkregen door financiële benadeling van de EG (art. 4).

De Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de EG en de daarbij behorende protocollen hebben geleid tot het opstellen van het *Corpus Juris houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*.⁵⁸ Het Corpus Juris is een voorstel voor een communautair strafrecht met betrekking tot delicten die financiële benadeling van de EU tot gevolg kunnen hebben.⁵⁹ Het document is opgesteld door een aantal prominente wetenschappers uit diverse lidstaten op verzoek van het Europees Parlement. Een aantal aspecten van het Corpus Juris is op deze plaats vermeldenswaardig. Allereerst voorziet art. 3 in de strafbaarstelling van het witwassen en het helen van 'de opbrengsten of de voordelen' die zijn verkregen uit een aantal andere in het Corpus Juris strafbaar gestelde feiten.⁶⁰ Ten tweede, tot de straffen en maatregelen behoort de mogelijkheid van ontneming van 'profits'. Deze confiscatie is mogelijk indien de verdachte wordt veroordeeld, maar ook '(...) where he is proved to have committed the actus reus of the offence, but is not convicted because of lack of mens rea or insanity' (art. 14 lid 4). Ten derde, in het geval de opbrengst van een misdrijf meer dan € 100.000 bedraagt, is er sprake van een strafverhogende omstandigheid en kan er (onder andere) een hogere geldboete worden opgelegd (art. 16 lid 2).

Tot slot kan het *Actieplan ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit* worden genoemd.⁶¹ Wederom vanuit de gedachte dat de vrije Europese markt in het voordeel werkt van de internationaal opererende georganiseerde criminaliteit,

56 Daarnaast bevat het tweede protocol bepalingen over de strafbaarheid van rechtspersonen en over internationale samenwerking.

57 Verordening 2988/95, Pub. L 312, 23 december 1995, p. 1-4.

58 Zie voor de eerste versie Delmas-Marty 1998, en voor de gewijzigde versie Delmas-Marty & Vervaele 2000, p. 187-210.

59 Zie over het Corpus Juris nader Delmas-Marty 2000.

60 Het betreft fraude (onder andere bij aanbesteding), samenspanning en schending van een geheimhoudingsplicht.

61 Pb. C 251, 15 augustus 1997, p. 1-16. Vgl. ook P. Hoyer & Klos 1998, p. 47-48. Het actieplan heeft een vervolg gekregen met een *Gemeenschappelijk optreden inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, bevrizing, inbeslagneming en confiscatie van hulpmiddelen en van de opbrengsten van misdrijven*, d.d. 3 december 1998, Pb. L 333, 9 december 1998, p. 1-3. Dit optreden heeft betrekking op de internationale samenwerking tussen lidstaten.

wordt in dit actieplan onder meer de aanbeveling gedaan dat het witwassen zo ruim mogelijk strafbaar zou moeten worden gesteld. Daarnaast zouden er '(...) regels moeten worden opgesteld waardoor confiscatie ongeacht de aanwezigheid van de overtreder mogelijk wordt, bijvoorbeeld wanneer de overtreder gestorven of verdwenen is (...)'.⁶²

26. De laatste initiatieven die worden genoemd, betreffen twee verdragen waarin een verplichting tot het voorzien in de mogelijkheid van confiscatie een wat minder prominente rol speelt. Allereerst gaat het om de uitvoeringsovereenkomst behorend bij het *Akkoord van Schengen*.⁶³ Dit verdrag, dat onder meer betrekking heeft op interregionale politieke en justitiële samenwerking tussen een aantal landen van de EU,⁶⁴ bepaalt in art. 72 dat de verdragspartijen moeten voorzien in de mogelijkheid van confiscatie van vermogen verkregen uit drugshandel. Ten tweede, het anti-corruptieverdrag van de Raad van Europa schrijft in art. 19 lid 3 de mogelijkheid van confiscatie van de opbrengsten van corruptie-delicten voor.⁶⁵

5 De internationale rechtspolitieke visie

27. Bij de bespreking van het Weense en het Straatsburgse verdrag is naar voren gekomen op welke gedachte deze verdragen rusten. Kort gezegd komt die gedachte erop neer dat de dreiging die uitgaat van met name de georganiseerde misdaad voor de economische en politieke stabiliteit, het beste kan worden bestreden door datgene weg te nemen waarop die criminaliteit is gericht: geld.⁶⁶ Het is mogelijk de rechtspolitieke gedachte die aan beide verdragen en de overige internationale initiatieven ten grondslag ligt, in een wat breder verband uiteen te zetten.⁶⁷ Het gaat mij daarbij in het bijzonder om de visie op de rol van de ontneming van misdaadgeld. In de volgende paragraaf komt de vraag aan de orde hoe realistisch deze visie is.

62 Verdrag van 19 juni 1990, Trb. 1990, 145.

63 De verdragspartijen zijn de Benelux-landen, Duitsland en Frankrijk.

64 *Criminal Law Convention on Corruption*, overeengekomen in Straatsburg op 27 januari 1999, Trb. 2000, 130. De tekst van het verdrag, met de bijbehorende toelichting, is ook te vinden op het internet: conventions.coe.int. Het voorstel van de goedkeuringswet is aanhangig onder nummer 27 509.

65 Zie de preambule van het Weense verdrag (citaat in nr. 15): '(...) de opbrengsten van hun misdadige praktijken te ontnemen en *daardoor* hun belangrijkste drijfveer voor deze praktijken weg te nemen (...)'. En de preambule van het Straatsburgse verdrag (citaat in nr. 20): '(...) een van die methoden [ter bestrijding van de zware criminaliteit; MJB] behelst de daders de opbrengsten van misdrijven te ontnemen (...)'.⁶⁷

66 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting Stessens 1997, p. 3-37, 101-112.

28. De aanleiding voor de strafbaarstelling van het witwassen en de confiscatie van wederrechtelijk verkregen vermogen is de opkomst van de georganiseerde misdaad. De kernactiviteit van deze criminele organisaties is veelal de handel in verdovende middelen, maar ook andere ernstige misdrijven behoren tot de bezigheden.⁶⁷ De georganiseerde misdaad heeft uiteindelijk één doel voor ogen: het verdienen van veel geld. De organisatie is met het oog op dat doel gestructureerd, de activiteiten – de misdrijven die worden begaan – leveren doorgaans geld op en het verdiende misdaadgeld wordt weer geïnvesteerd in (legale of illegale) activiteiten die op hun beurt ook weer winst genereren.⁶⁸ Een bijzonderheid van de misdrijven die deze organisaties begaan, is dat deze veelal 'slachtofferloos' zijn. Dat wil zeggen dat tengevolge van de misdrijven er geen rechtstreeks benadeelde is die de geleden schade wil of kan verhalen op de daders, waardoor het profijt van de daders wordt weggenomen of verminderd.⁶⁹

De criminele organisaties moeten om twee redenen het verdiende misdaadgeld een legaal aanzien geven. Met het witwassen wordt allereerst het bewijs van de begane strafbare feit ten dele uitgewist. Voorts is een legaal aanzien een voorwaarde om ongestoord te kunnen genieten van de behaalde opbrengst.⁷⁰

29. Er gaan twee bedreigingen uit van (het witwassen van) misdaadgeld. In maatschappelijk-politiek opzicht kan er angst voor de georganiseerde criminaliteit ontstaan omdat deze vanwege de grote rijkdom maatschappelijke en politieke processen kunnen beïnvloeden. De rechtstaat komt daardoor in gevaar. Op economisch terrein bestaat het risico dat allerlei financiële instellingen ongewild in aanraking komen met misdaadgeld. De grote omvang van het misdaadgeld – naar schatting enkele honderden miljarden dollars op mondiaal niveau⁷¹ – kan daarbij allerlei economische processen beïnvloeden.⁷²

30. Teneinde de gevaren van het misdaadgeld te elimineren is het noodzakelijk de structuur van de georganiseerde misdaad effectief aan te tasten.⁷³ Twee

67 Te denken valt aan afpersing, wapenhandel, het beheren van illegale casino's en mensenhandel. Zie Bernasconi 1988, p. 27, Kaiser 1989, p. 685, Graber 1990, p. 52, Explanatory Report 1991, p. 6, en Ackermann 1992, p. 6-7. Vgl. ook Brown 1996, p. 61, 108, en Gilmore 1999, p. 79, 127.

68 Zie Bernasconi 1988, p. 27, Stessens 1997, p. 12, en Weigend 1997, p. 525.

69 Stessens 1997, p. 3-4.

70 Zie Graber 1990, p. 54-55, Ackermann 1992, p. 12-13, en Stessens 1997, p. 7-8, 103-105.

71 Zie voor een overzicht van de verschillende schattingen Stessens 1997, p. 106-108, en Schaap 1999, p. 46-67. De methoden waarop de schattingen berusten, zijn bekritiseerd. Zie bijvoorbeeld Van Duyn 1993. Vgl. ook Schaap 1999, p. 67-77.

72 Zie Kaiser 1989, p. 686, Graber 1990, p. 53, Smettan 1992, p. 30, en Stessens 1997, p. 11-12.

73 Zie onder meer Kaiser 1989, p. 686. Strafbbaarstelling van deelname aan de criminele organisatie (in Nederland art. 140 Sr) heeft doorgaans te weinig effect. Veelal kan alleen ten aanzien van 'het lagere personeel' voldoende bewijs van deelname worden geleverd. De top van de organisatie blijft daardoor uit de wind, waarmee de structuur van de organisatie niet (voldoende) wordt ontworcht. Zie Stessens 1997, p. 13.

benaderingen zijn hierbij (in combinatie met elkaar) mogelijk. Allereerst het wegnemen van hetgeen waar de georganiseerde misdaad om draait, te weten: geld.⁷⁴ Dat is te bereiken door confiscatie van misdaadgeld. Voorts kan men handelingen met het misdaadgeld – het witwassen – proberen te voorkomen door die handelingen strafbaar te stellen. Met het oog op de opsporing van witwaspraktijken kan worden samengewerkt met financiële instellingen, bijvoorbeeld door een meldingssysteem voor ongebruikelijke transacties.

De confiscatie maakt tezamen met de strafbaarstelling van het witwassen een 'dubbelslag': de confiscatie kan niet alleen worden aangewend tegen degenen die de basismisdrijven plegen en ter zake van de opbrengsten uit de basismisdrijven, maar ook tegen degenen die de (primaire) opbrengsten witwassen en ter zake van hetgeen wordt witgewassen. Hierdoor breidt het bereik van de confiscatie zich uit.

31. Confiscatie en strafbaarstelling van witwassen zijn instrumenten die niet alleen van belang zijn voor de bestrijding van ernstige vormen van criminaliteit op nationaal niveau, maar zeker ook voor een effectieve internationale samenwerking. Deze samenwerking is in de belangstelling komen te staan omdat het witwassen van misdaadgeld veelal een internationale activiteit is. Begaan criminele organisaties de basismisdrijven veelal nog in eigen land, het witwasproces is doorgaans grensoverschrijdend.⁷⁵ Vandaar dat de belangstelling voor de strafbaarstelling van witwassen en de confiscatie nauw samenhangt met het streven naar een intensieve internationale samenwerking.

Binnen de in dit hoofdstuk genoemde internationale initiatieven krijgt de bestrijding van het witwassen overigens ruimschoots meer aandacht dan de mogelijkheden tot confiscatie van misdaadgeld.⁷⁶ Dit vloeit voort uit het feit dat niet zozeer het misdaadgeld, als wel het *witwassen* van dat geld repercussies heeft voor de maatschappij (zie nr. 29). Daarnaast is het besef gegroeid dat door het natrekken van het financiële spoor veelal ook informatie naar boven komt over het begaan van de basismisdrijven alsmede over de rol van de top van de organisatie die veelal niet zelf de basismisdrijven zal begaan, maar wel deelt in de verkregen winst.

74 Zie bijvoorbeeld *Control of proceeds of crime, Report of the Secretary-General*, UN-doc. E/CN.15/1993/4 (25 januari 1993), p. 6: 'The profits generated by criminal activities are the lifeblood of organized and transnational crime.' Vgl. ook Fried 1988, p. 366.

75 Werner 1996, p. 38, en Stessens 1997, p. 109, 112. Vgl. ook Mul 1999, p. 41, 56, 101, die erop wijst dat voor het witwasproces vaak landen worden uitgezocht waar de bestrijding van het witwassen het minst effectief is (*legal shopping*).

76 Zie Graber 1990, p. 54, en Stessens 1997, p. 105-106.

32. Met name de samenwerking met financiële instellingen wordt als sterke troef in de bestrijding van het witwassen beschouwd.⁷⁷ Teneinde het geld een legaal aanzien te kunnen geven, is het noodzakelijk dat het misdaadgeld in de legale geld- en goederenstromen wordt ingebracht. Inschakeling van allerlei (financiële) instellingen is daarmee onontkoombaar. Op het moment waarop het misdaadgeld aan de legale oppervlakte komt, kunnen de justitiële autoriteiten toeslaan. Witwassen wordt om die reden ook wel de 'achilleshiel' van de georganiseerde misdaad genoemd.⁷⁸

De financiële instellingen hebben er overigens alle belang bij om mee te doen met de controle van de geldstromen. Een instelling die ongewild betrokken raakt bij transacties met criminele gelden, loopt imago-schade op. Vanuit dit gezichtspunt kan ook de aanvankelijke zelfregulering vanuit bijvoorbeeld het Bazel-comité worden verklaard.⁷⁹

33. Het valt op dat niet alle internationale initiatieven zich beperken tot maatregelen met betrekking tot georganiseerde misdaad en (andere) vormen van ernstige criminaliteit. Zo heeft het Straatsburgse verdrag in beginsel het oog op alle strafbare feiten. Deze uitbreiding heeft een aantal oorzaken.⁸⁰ Allereerst is het lastig om een eenduidige definitie te formuleren van de georganiseerde misdaad. Afbakening leidt al snel tot arbitraire grenzen. Daarnaast brengt het witwasproces veelal de noodzaak met zich mee ook andere strafbare feiten te begaan (bijvoorbeeld valsheid in geschrift). Tot slot kan worden geconstateerd dat het fenomeen georganiseerde misdaad, en dan met name met betrekking tot de drugshandel, de aanleiding is geweest voor de politieke aandacht voor het misdaadgeld van deze organisaties. Vanuit die aandacht voor het misdaadgeld springen vervolgens andere, eveneens winstgevendende vormen van criminaliteit in het oog. De strafbaarstelling van witwassen en de confiscatie lijken ook voor die strafbare feiten effectieve bestrijdingsinstrumenten te zijn.⁸¹

34. Uit de veelheid van internationale initiatieven blijkt dat er in de internationale gemeenschap een brede basis aanwezig is voor een instrumentele en effectieve

77 Zie ook Mul 1999.

78 Bernasconi 1988, p. 27.

79 Zie nader Werner 1996, p. 46, en Stessens 1997, p. 28-32. Zie ook noot 42.

80 Zie nader Stessens 1997, p. 17-19.

81 Vgl. ook Nota naar aanleiding van het Eindverslag, TK 2000-2001, 27 159, nr. 5, p. 9: 'Internationaal is er (...) een tendens om het gronddelict van witwassen uit te doen strekken tot alle ernstige delicten ("serious crimes"). Met zijn strafbaarstelling van witwassen van opbrengsten uit "misdrijven" voldoet Nederland hier ruimschoots aan.' Met betrekking tot de confiscatie speelt wellicht nog een rol dat deze sanctie inkomsten voor de overheid genereert. Indien de inkomsten uit confiscatie ter beschikking komen van de politieke en justitiële autoriteiten, kan hiervan een stimulans uitgaan voor deze autoriteiten om zich actief met confiscatie bezig houden. Daardoor worden de inkomsten (nog) hoger. Zie hierover uitgebreid Blumenson & Nilsen 1998.

bestrijding van het misdaadgeld. Eenzelfde geluid komt opvallend genoeg ook uit een hoek waaruit men dat niet zou verwachten: het EHRM. In de zaak *Raimondo*, die betrekking heeft op de confiscatiemogelijkheden in de Italiaanse anti-mafiawetgeving, overweegt het EHRM:

The Court is fully aware of the difficulties encountered by the Italian State in the fight against the mafia. As a result of its unlawful activities, in particular drug-trafficking, and its international connections, this "organisation" has an enormous turnover that is subsequently invested, inter alia, in the real property sector. Confiscation, which is designed to block these movements of suspect capital, is an effective and necessary weapon in the combat against this cancer.⁸²

Hoewel uit de jurisprudentie niet kan worden afgeleid dat het hof ook minder strenge eisen stelt,⁸³ blijkt uit deze overweging wel hoe diep de (politieke) wil om het misdaadgeld te bestrijden is geworteld, ook bij een instantie die primair is gericht op de bescherming van fundamentele rechten van verdachten.⁸⁴

35. Vanuit het hiervoor geschetste rechtspolitieke gedachtegoed dat ten grondslag ligt aan de strafbaarstelling van het witwassen en het invoeren van ruime confiscatiemogelijkheden, kan in meer algemene zin een internationale rechtspolitieke visie op de ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen worden geformuleerd. Stessens verwoordt deze visie als volgt:

De ruime aandacht vanaf het midden van de jaren '80 voor de confiscatie van criminele vermogensbestanddelen en de bestrijding van het witwassen kaderen in de neo-klassieke leer. De buitgerichte benadering vertrekt vanuit de economische rationaliteit en beoogt vooral een effectieve bestraffing. Dadergerichte bekommernissen omtrent de resocialisatie hebben in deze benadering geen plaats. De ontnemingswetgeving is ook typerend voor de rationale keuze-theorie, waarbij de (potentiële) dader als een *homo economicus* wordt beschouwd, die alle voorzienbare kosten en baten van een misdrijf tegen elkaar afweegt vooraleer tot de uitvoering ervan over te gaan.⁸⁵

82 EHRM 22 februari 1994, Series A vol. 281, NJ 1995, 166, m.nt. Kn, § 30.

83 Zie hierover nader nr. 136.

84 Ik wijs in dit verband nog op de resolutie van de de *Association internationale de droit pénal* (AIDP) inzake de bestrijding van de georganiseerde misdaad. Zie voor de Engelstalige tekst van deze resolutie *Revue internationale de droit pénal/International Review of Penal Law*, vol. 70 (1999), p. 889-913. De AIDP brengt in haar resolutie tot uiting dat voor de bestrijding van de georganiseerde misdaad een breed scala van sancties vereist kan zijn, doch zij geeft tevens een aantal aanbevelingen voor de rechtsbescherming van de betrokken partijen bij confiscatie (zie aanbeveling III.1, III.6 tot en met III.10).

85 Stessens 1997, p. 19. Stessens verwijst hierbij naar Nelen 1996, p. 46-47.

De confiscatie beoogt dus, doordat ontneming van het wederrechtelijk verkregen vermogen in het vooruitzicht wordt gesteld, het beslissingspatroon van de misdadiger te beïnvloeden. Confiscatie moet in die zin een afschrikwekkende werking hebben.

Stessens wijst er verder op dat de confiscatie moet worden begrepen vanuit het perspectief van de *meritocratie*, de maatschappij waarin sociale status is gebaseerd op verdiensten.⁸⁶ De confiscatie vindt zijn rechtvaardiging in het feit dat verdiensten die in strijd met het recht zijn behaald, de anti-sociale status van de verkrijger aantonen. Het gaat daarbij mijns inziens niet om de gevolgen van de ontneming voor de status van de misdadiger in zijn omgeving, maar om de constatering dat hij zich heeft verrijkt op een wijze die maatschappelijk niet geoorloofd is. Ontneming geschiedt dan niet zozeer omwille van de delinquent, maar in het belang van een rechtvaardige maatschappij. Confiscatie appelleert daarmee aan de moraal, aan de wezenlijke rechtvaardigheidsgedachte dat misdaad niet *mag* lonen.⁸⁷

6 Relativering van de internationale rechtspolitieke visie

6.1 Inleiding

36. Men kan de rechtspolitieke visie die aan de internationale ontwikkelingen ten grondslag ligt, vanuit verschillende invalshoeken kritisch tegen het licht houden. Het is mogelijk het waarheidsgehalte van alle daaraan ten grondslag liggende veronderstellingen afzonderlijk te toetsen. Ten aanzien van bijvoorbeeld de veronderstelde dreiging van de georganiseerde criminaliteit kunnen vanuit Nederlands perspectief vraagtekens worden gezet. Uit empirisch-criminologisch onderzoek blijkt immers dat politieke perceptie en empirische bevindingen in die zin verschillen, dat de politiek in een aantal opzichten van een andere, dreigender situatie uitgaat dan empirisch kan worden vastgesteld.⁸⁸ Het (structureel) witwassen van misdaadgeld lijkt daarbij een betrekkelijk kleine invloed te hebben op de legale economie in Nederland, al is het moeilijk daarvan een helder, empirisch verantwoord beeld te schetsen.⁸⁹

86 Stessens 1997, p. 20.

87 Zie Fried 1988, p. 410, die spreekt van '(...) the old common law principle that no one may benefit by his or her own wrong', en Kaiser 1989, p. 687: 'Das ihr innewohnende Gerechtigkeitspotential, wonach sich Verbrechen nicht bezahlt machen darf, versieht sie (...) mit der gebotenen rechtsethischen Schubkraft und sichert ihr die nötige öffentliche Resonanz.' Zie ook Stessens 1997, p. 60.

88 Zie Kleemans e.a. 1998, die onder meer vaststellen dat de georganiseerde criminaliteit hoofdzakelijk bestaat uit tijdelijke samenwerkingsverbanden, die regelmatig van samenstelling wisselen, en die daarom geen vaste structuur (hiërarchie) kennen. Zie ook Van Duyne 1995, en Fijnaut e.a. 1995.

89 Zie Van Duyne 1995, p. 153-171, en Van de Bunt & Nelen 1995, p. 143-154.

In deze paragraaf worden niet alle veronderstellingen onderzocht. Ik beperk mij tot het plaatsen van enkele kanttekeningen bij de twee belangrijkste aspecten van de hiervoor geformuleerde internationaal rechtspolitieke visie: *a.* de veronderstelde preventieve werking van de confiscatie, en *b.* de veronderstelde rechtvaardigheid van de confiscatie. Het doel hiervan is enig inzicht te verkrijgen in de bruikbaarheid van het rechtspolitieke concept dat aan de confiscatie ten grondslag ligt.

6.2 Voordeelsontneming en preventie

6.2.1 Het rechtseconomische model

37. In instrumenteel opzicht ligt aan de confiscatie het volgende model ten grondslag: 'Gewinn als Tatanreiz und Gewinnabschöpfung als Anreizblocker'.⁹⁰ Dit model impliceert twee axioma's: *a.* misdaad geschiedt vanwege de te behalen opbrengsten, anders gezegd: de dader maakt, zijnde een *homo economicus*, tevoren de balans op of het begaan van het strafbare feit een voordeel oplevert, en *b.* het ontnemen van de opbrengsten ontmoedigt de dader doordat de – tevoren op te maken – winst- en verliesrekening een negatief resultaat oplevert. Confiscatie werkt daarmee generaal-preventief: alle burgers, zo die al strafbare feiten zouden willen begaan, worden ontmoedigd door de dreiging van de ontneming.⁹¹

Dit model is in wezen gebaseerd op het reeds langer bestaande rechtseconomische model voor de afschrikwekkende functie van strafrechtelijke sancties.⁹² Het rechtseconomische model, met name ontwikkeld door de econoom Gary S. Becker, legt eveneens een relatie tussen de (economische) verwachtingen van de rationele wetsovertreder en de dreiging van een sanctie.⁹³ Frappant is echter dat de theoretische uitwerking van het model niet strookt met empirische gegevens over de werking van het rechtseconomische model. Reden genoeg om in te gaan op het rechtseconomische model.

90 Kaiser 1989, p. 687.

91 Vgl. *Comments and proposals received from governments concerning a draft convention on illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, Report of the Secretary-General*, UN-doc. E/CN.7/1986/2 (9 september 1985), p. 6: 'It is recognized that the existence and implementation of such provisions [tracing, freezing and forfeiture of the proceeds of drug trafficking; MJB] would act as a forceful deterrent to illicit drug trafficking.'

92 Voorlopers van het rechtseconomische afschrikkingsmodel zijn de theorieën van onder meer Beccaria, Bentham en Von Feuerbach over de (noodzaak van) afschrikwekkende werking van straffen. Zie bijvoorbeeld Becker 1974, p. 45. Ik ga niet in op deze theorieën. Zie voor een kort historisch overzicht Vanberg 1982, p. 14-16.

93 Dit model maakt overigens deel uit van een groter model van Becker, te weten: een model voor het berekenen van een optimaal handhavingsniveau. Heel kort gezegd houdt dit model in dat het meest efficiënte (lees: goedkoopste) niveau van handhaving daar ligt waar de pakkans zo klein mogelijk is en, daarmee samenhangend, de sanctiedreiging zo hoog mogelijk is. Ik laat het model voor het optimale handhavingsniveau verder buiten beschouwing. Zie nader Becker 1974, alsmede Posner 1998, p. 242-250, Kerkmeester 1993, p. 227-230, en Cooter & Ulen 1997, p. 395-405.

38. Het rechtseconomische model tracht het beslissingsgedrag van de potentiële dader zodanig te beïnvloeden dat hij er *niet* voor zal kiezen het aanvankelijk beoogde strafbare feit te begaan. De beïnvloeding geschiedt door de dreiging van een sanctie in het geval het feit wel wordt begaan. In het kort komt het afschrikingsmodel op het volgende neer.⁹⁴ Een misdadiger die rationeel te werk gaat, weegt voor het begaan van een strafbare feit af of dat feit hem (voldoende) profijt oplevert. Deze afweging bestaat uit het schatten van de opbrengsten van het feit en de kosten die het begaan van het feit met zich meebrengt. Indien de opbrengsten hoger zijn dan de kosten, is het interessant (efficiënt) het strafbare feit te begaan.

De kosten die het feit meebrengt, bestaan uit verschillende componenten. Kostenposten kunnen onder meer zijn: de te betalen schadevergoeding, sociale kosten zoals het verlies van reputatie, en natuurlijk de op te leggen strafrechtelijke sancties. Teneinde het effect van een voordeelsontnemende sanctie te kunnen beredeneren,⁹⁵ ga ik er gemakshalve van uit dat de misdadiger met maar twee kostenposten te maken heeft: de kosten die nauw samenhangen met het strafbare feit (bijvoorbeeld de inkoop van drugs voor een drugstransactie) en (het bedrag van) de confiscatie. Het begaan van het strafbare feit is in dat geval niet aantrekkelijk wanneer de opbrengsten gelijk of kleiner zijn dan de kosten. Daaruit volgt dat, wil de ontneming een voldoende afschrikwekkende werking hebben, het bedrag van de confiscatie ten minste even hoog moet zijn als de netto-opbrengst van het strafbare feit.⁹⁶

94 Zie over het model nader Becker 1974, Hirsch 1979, p. 199-204, H. Franken 1983, Kaiser 1989, p. 688-693, Dessecker 1992, p. 81-94, Klevorick 1992, Smettan 1992, p. 30-39, 73-102, Posner 1998, p. 242-250, Kerkmeester 1993, Van Velthoven 1997, p. 287-297, Cooter & Ulen 1997, p. 387-394, en Faure 1998a, p. 229-232. In de hoofdttekst is, anders dan in sommige van de genoemde bronnen (waaronder Becker), de uitwerking van het afschrikingsmodel toegespitst op de kosten en baten van de dader, en niet op de totale sociale (maatschappelijke) kosten en baten. Dit verklaart waarom sommige rechtseconomen (vgl. bijvoorbeeld Van Velthoven 1997, p. 304) niet zozeer geïnteresseerd zijn in het persoonlijke voordeel van een dader. Voor hen is dat 'slechts' een aandeel in de totale maatschappelijke baten van het delict. Daarbij moet wel worden bedacht dat de kosten-baten-analyse van de potentiële dader een noodzakelijk onderdeel vormt van het meer omvattende model dat beoogt uitspraken te doen over het gewenste handhavingsniveau. Zie Klevorick 1992, p. 500: 'The models of individual behavior yield predictions about the supply of offenses by individuals. These individual supply functions are aggregated to derive a market supply function – also known as a deterrence function – that relates the total number of offenses to the probability and severity of punishment. This deterrence function is the heart of the policy model that is used to obtain conclusions about optimal strategies to combat illegal behavior.'

95 Dat de betreffende sanctie een beoogd voordeelsontnemend effect heeft, is in wezen irrelevant. Welk doel de sanctie ook heeft, voor de potentiële dader is alleen van belang dat hij tengevolge van de oplegging van de sanctie met een verlies (een kostenpost) wordt geconfronteerd. Het gaat in dat opzicht enkel en alleen om de betalingsverplichting. Vgl. Faure 1998a, p. 230.

96 Indien men vervolgens wel meerdere kostenposten in het model betreft, is het resultaat dat het bedrag van de ontneming tenminste gelijk moet zijn aan het verschil tussen de netto-opbrengst en het bedrag van deze kostenposten.

Een belangrijke andere factor is nog weggelaten: de pakkans.⁹⁷ Bij de afweging van de kosten en de baten zal de misdadiger ook acht slaan op de pakkans. Het is immers niet zeker dat de misdadiger ook daadwerkelijk een sanctie krijgt opgelegd, wanneer hij het strafbare feit begaat. Indien de pakkans één op vier is, betekent dat maar bij één van de vier strafbare feiten de dader zijn voordeel hoeft af te staan. De gemiddelde kosten per strafbaar feit zijn, voor zover het de confiscatie betreft, in dat geval één-vierde van het te behalen voordeel. Indien men dit effect wil compenseren, moet het bedrag van de confiscatie een meervoud – in dit geval: een verviervoudiging – vormen van het bedrag van de netto-opbrengst.⁹⁸

Stelt men bij de bestrijding van misdaad de confiscatie voorop als het middel om het beslissingspatroon van de misdadiger te beïnvloeden, dan moet hem in principe een confiscatie in het vooruitzicht worden gesteld waarvan het bedrag is gerelateerd aan de netto-opbrengst en de pakkans. Enkel de opbrengst van het strafbare feit ontnemen, is niet voldoende afschrikwekkend.

39. Het geschetste rechtseconomische beeld is verre van volmaakt. Er kunnen diverse soorten bezwaren worden aangevoerd.⁹⁹ Een eerste bezwaar is dat de ontneming in de praktijk uiteraard moeilijk kan worden geïsoleerd van de andere kosten, zodat het gepresenteerde model niet geheel compleet is. De verwachte winst wordt niet enkel bepaald door de pakkans en de hoogte van de confiscatie. Ook andere kosten zijn van belang, zoals het bedrag van de andere sancties en de eventueel te betalen schadevergoeding.¹⁰⁰ Er zijn ook meer abstracte kostenposten: sociale kosten bestaande uit bijvoorbeeld het opgeven van bepaalde waarden en normen, en kosten die voortvloeien uit het feit dat de misdadiger in de tijd dat het strafbare feit begaat, ook andere inkomsten had kunnen verwerven.¹⁰¹

97 Onder pakkans versta ik hier de kans dat de misdadiger wordt opgespoord, berecht, veroordeeld en er een confiscatie wordt opgelegd. Pakkans staat hier dus gelijk aan confiscatiekans.

98 Ook hier is uiteraard weer de verhouding met andere kosten relevant. Houdt men hiermee rekening, dan geldt dat het bedrag van de ontneming gelijk moet zijn aan het verschil tussen de netto-opbrengst en de overige kostenposten, waarbij dit verschil wordt gedeeld door de pakkans. Vgl. Smettan 1992, p. 36, 109, en Van Velthoven 1996, p. 316.

99 De genoemde bezwaren zijn ontleend aan de in noot 94 genoemde literatuur. Zie ook Vanberg 1982, p. 22-36, en Hessing & Van Koppen 1997.

100 Faure 1998a, p. 231, gaat ervan uit dat een eventueel te betalen schadevergoeding geen rol speelt bij de beslissing van de potentiële dader om al dan niet een delict te begaan. Het is mij niet duidelijk waar deze veronderstelling op is gebaseerd. Het is mijns inziens niet op voorhand uit te sluiten dat de potentiële dader een dergelijke kostenpost in zijn overwegingen betreft.

101 Economen duiden deze laatste kostenpost aan als *opportunity costs*. De gedachte hierbij is dat het pas aantrekkelijk is om activiteit A te ontplooiën, indien activiteit B, die men in plaats van activiteit A had kunnen ontplooiën, minder profijt oplevert. Dergelijke *opportunity costs* spelen pas een rol wanneer men daadwerkelijk de keuze heeft tussen twee of meer alternatieven. Zie nader Smettan 1992, p. 95-96, en Van Velthoven 1997, p. 288.

De verschillende kostenposten zijn niet altijd even makkelijk op een geldelijke waarde te schatten. Hoeveel kosten brengt bijvoorbeeld een maand gevangenisstraf voor een misdadiger mee? Een antwoord ligt niet direct voor het oprapen.¹⁰² Ook is het niet steeds duidelijk welke kosten de potentiële dader in zijn afwegingen betreft. Bij het gebruik van een afschrikingsmodel is het echter wel zaak om zeker te stellen dat de misdadiger voorafgaand aan zijn handelingen inzicht heeft in de te verwachten kosten. Dit zou aanleiding kunnen geven om een confiscatiesanctie in het vooruitzicht te stellen die in ieder geval het bedrag van de netto-opbrengst gedeeld door de pakkans overstijgt.¹⁰³ Men kan dan echter niet meer spreken van de ontneming van het vermogen dat met het begaan van het strafbare feit is verkregen.

40. Een volgend bezwaar betreft de veronderstelling van het rechtseconomische model dat de misdadiger als een *homo economicus* de verwachte kosten en baten tegen elkaar afweegt. Of de misdadiger deze afweging ook daadwerkelijk maakt voordat hij een strafbaar feit begaat, is echter niet zeker.¹⁰⁴ Indien hij wel een afweging maakt, is het van belang te realiseren dat de afweging wordt gemaakt op grond van de *subjectieve* verwachtingen van de handelend persoon. Die verwachtingen hoeven niet overeen te stemmen met objectieve gegevens over pakkans en kosten.¹⁰⁵ Daarbij is ook van belang in hoeverre men bereid is om bepaalde risico's te lopen. Een misdadiger wordt veelal gezien als risicominnend en niet als risico-avers. Gevolg daarvan is dat een misdadiger eerder bereid is het risico van bestraffing en andere kosten te aanvaarden dan een risiconeutrale of risico-averse actor.¹⁰⁶ Dat sluit overigens niet uit dat ten aanzien van misdaadgeld zich wel op een andere wijze risicovermijdend gedrag manifesteert. Juist de mogelijkheid van confiscatie leidt tot het witwassen van geld. Het witwasproces heeft onder meer tot doel mogelijke ontneming van het verdiende geld op voorhand

102 Een rechtseconoom hoeft hierin overigens geen onoverkomelijk probleem te zien. De tijd die in de gevangenis wordt doorgebracht, kan bijvoorbeeld op een geldelijke waarde worden geschat (de *opportunity costs*). Vgl. Kerkmeester 1993, p. 229.

103 Een complicerende factor kan overigens zijn dat dreigende werking die uitgaat van geldelijke sancties wordt beperkt door het ontbreken van financiële draagkracht van de misdadiger. Wanneer hij niet meer kan betalen dan 100, maakt het weinig uit of de te verwachten kosten 101 of 1000 zijn.

104 Vgl. Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1476-1479.

105 De discrepantie tussen objectieve en subjectieve verwachtingen kan worden veroorzaakt door een gebrek aan informatie of een verkeerde interpretatie van gegevens door de potentieel handelende persoon.

106 Zie voor een nadere uitwerking van de invloed van de risicohouding Van Velthoven 1997, p. 292-297. Een aan de risicohouding verwant aspect is het bestaan van drempelwaarden. Er zijn aanwijzingen dat bepaalde risico's, zoals de pakkans, pas van invloed is op het beslissingsgedrag van de (potentiële) dader, wanneer deze boven, of juist onder, een bepaalde waarde komt. Zie Smettan 1992, p. 87, 93.

te frustreren. Deze reactie – Groenhuijsen noemt het beeldend de ‘tegen-strategie’¹⁰⁷ – betekent dat de misdadige beroepsgroep de pakkans zelf tracht te verlagen.

41. Een derde bezwaar is meer principieel van aard. Het rechtseconomische model is gebaseerd op afschrikking van crimineel gedrag. De afschrikking wordt bepaald door twee exogene factoren: de pakkans en de hoogte van de kosten, in het bijzonder de sanctiekosten. De traditioneel-criminologische benadering van misdadig gedrag kent echter een endogeen vertrekpunt: de persoonlijkheidsstructuur van de misdadiger zoals die wordt gevormd door sociale en (bio)psychologische omstandigheden.¹⁰⁸ Het rechtseconomische model laat door de keuze van de *homo economicus* als uitgangspunt, alle criminologische kennis als irrelevant buiten beschouwing.

Het is voorts geen onbetwist gegeven dat de criminele politiek met betrekking tot sanctionering uit *moet* gaan van een afschrikkingsmodel. Niet alleen de preventieve werking van een sanctiestelsel (ex ante) is van belang. Indien de preventieve werking in een concreet geval heeft gefaald en er daadwerkelijk een sanctie wordt opgelegd, is het ook van belang dan deze (ex post) als rechtvaardig wordt beschouwd door de gemeenschap.¹⁰⁹

42. Welke conclusie volgt uit de genoemde bezwaren? Zijn de bezwaren onoverkomelijk en is het rechtseconomische model dus onbruikbaar? Of kunnen de bezwaren worden weggenomen door modificaties van het rechtseconomische model? Ten dele zijn de bezwaren eenvoudig te ondervangen. Zo kan het model vrij eenvoudig worden uitgebreid met een post ‘te vergoeden schade’, waarbij tevens rekening wordt gehouden met de kans dat er daadwerkelijk schade wordt geclaimd (claimkans). Het model krijgt hierdoor wel meer variabelen, waardoor voorspellingen aan de hand van het model ingewikkelder worden. Voor de andere bezwaren ligt een dergelijke oplossing minder voor de hand. Abstracte kostenposten (zoals sociale kosten), het (subjectieve) beslissingsgedrag van misdadigers en de maatschappelijke acceptatiegraad van sancties zijn lastig te kwantificeren.

Deze impasse kan naar mijn mening worden doorbroken door nadere beschouwing van twee aspecten van het model: *a.* de mogelijke benaderingswijzen van het model, en *b.* de empirische gegrondheid van het model.

107 Groenhuijsen 1997.

108 Zie voor een overzicht van psychologische en criminologische visies op het verwerven van geld langs misdadige weg: Smettan 1992, p. 7-30.

109 Het verschil in perspectief – ex ante/ex post – is waarschijnlijk het meest kenmerkende verschil in benadering tussen de (prototype) jurist en de (prototype) rechtseconoom. Zie bijvoorbeeld Hol 1993, p. 62: ‘Men zegt (...) dat de jurist een probleem *ex post* benadert, terwijl de rechtseconoom er vanuit een *ex ante* perspectief tegenaan kijkt. De jurist legt zich toe op de toepassing van maatschappelijke spelregels, terwijl de econoom zich met het ontwerp daarvan bemoeit.’

43. Men kan *grosso modo* twee benaderingen van rechtseconomische modellen onderscheiden: de normatieve en de descriptieve benadering.¹¹⁰ De normatieve benadering duidt op de mogelijkheid op basis van een rechtseconomisch model regels te formuleren. Anders gezegd: uit de assumpties van het betreffende rechtseconomische model volgt welke regels er *behoren* te gelden.¹¹¹ In relatie tot het afschrikingsmodel kan men dan zeggen dat de afschrikking het doel van de regel is en tevens de legitimatie van de op te leggen straf vormt.¹¹² Men kan daarnaast een rechtseconomisch model hanteren om de werking van één of meerdere factoren te beschrijven (de descriptieve benadering). Men onderzoekt op welke wijze een bepaalde grootheid een andere grootheid beïnvloedt. Op die wijze kan de werking van een regel worden geëvalueerd. Heeft de regel inderdaad het effect dat tevoren van die regel wordt verwacht? Aan de hand van een dergelijke evaluatie kan eventueel een rechtseconomisch model worden bijgesteld of verfijnd.¹¹³

Het maakt verschil of men het rechtseconomische model een normatieve of een descriptieve functie wil toekennen. Een normatieve benadering is alleen verantwoord indien vaststaat dat alle assumpties van het model juist zijn. Een dergelijke situatie is niet eenvoudig te bereiken. Veelal is het niet mogelijk om de werking van alle factoren te kwantificeren of in onderling verband te meten, waardoor alleen het effect van de ene grootheid ten opzichte van de andere grootheid is te meten in een situatie waarin vaststaat dat de overige grootheden constant blijven (*ceteris paribus*).

Voor de descriptieve functie van een model zijn deze methodologische problemen minder bezwaarlijk. Het model dient dan niet als grondslag voor de regel, maar slechts als mogelijkheid om de werking van de regel geheel of gedeeltelijk te beschrijven. Op die manier wordt niet categorisch uitgesloten dat ook andere factoren, zoals biologische en psychologische, een rol spelen bij het begaan van strafbare feiten.¹¹⁴ Een model dat alleen verbanden legt tussen enkele factoren of dat een zekere maar niet al te grote foutmarge kent, kan onder omstandigheden nuttig zijn.¹¹⁵ Zo kan het bijvoorbeeld interessant zijn om te constateren dat confiscatie van enige negatieve invloed is op de omvang van de criminaliteit. Hiermee ben ik weer terug bij de internationale rechtspolitieke visie

110 Zie over beide benaderingen Vanberg 1982, p. 7, H. Franken 1983, p. 121-123, 130-131, en Dessecker 1992, p. 85-87. Vgl. ook Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1474-1475.

111 Vgl. ook Dessecker 1992, p. 86-87, en Klevorick 1992, p. 501-503.

112 Zie Vanberg 1982, p. 7.

113 Door de bijstelling en de verfijning is het mogelijk dat de descriptieve benadering over gaat in de normatieve benadering. Een perfect werkend model, mits door de verfijning niet al te specifiek geworden (vgl. Kerkmeester 1993, p. 234), kan immers in beginsel zonder bezwaren als normatief uitgangspunt voor regelgeving worden gebruikt.

114 Zie Vanberg 1982, p. 28.

115 Daarbij moet worden bedacht dat statisch waarneembare verbanden alleen gelding hebben ten opzichte van een bepaalde hoeveelheid metingen. Het is veelal niet mogelijk om uitspraken te doen ten aanzien van individuele gevallen.

op de ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen. Eén van de daarbinnen geldende veronderstellingen is dat de misdadiger tevoren wordt ontmoedigd door de dreigende confiscatie. Indien men op deze veronderstelling een regel wil baseren (normatieve benadering), moet de veronderstelling ook in zijn geheel kloppen. Daarvoor moet min of meer sluitend bewijs worden geleverd. Wil men kunnen constateren (descriptieve benadering) dat confiscatie in meer of mindere mate van invloed is op de beslissing om een strafbaar feit te begaan, dan moet 'slechts' een dergelijk verband kunnen worden gemeten. De empirische gegrondheid komt hiermee in het zicht.

6.2.2 *Het rechtseconomische model vanuit empirisch perspectief*

44. De empirische gegrondheid van het rechtseconomische afschrikkingsmodel, zowel vanuit normatief als descriptief perspectief, is in verschillende onderzoeken aan de orde geweest. Uit diverse onderzoeken komt als resultaat naar voren dat een stijging of een daling van de pakkans en/of de hoogte van de sanctie, van invloed is op de totale omvang van de criminaliteit. De onderzoeken zijn echter niet in staat om deze verbanden met grote precisie te formuleren, maar een zekere relatie tussen de pakkans en de hoogte van de sanctie enerzijds en de hoeveelheid criminaliteit anderzijds laat zich empirisch vaststellen.¹¹⁶ Een niet onbelangrijk gegeven daarbij is dat het in deze onderzoeken niet goed mogelijk was om metingen *ceteris paribus* te doen, dan wel de (exacte) invloed van andere factoren vast te stellen. De resultaten van de verschillende onderzoeken zijn daarom niet voor een ieder even overtuigend.¹¹⁷

45. Een onderzoek dat bijzondere aandacht verdient, is dat van Jürgen Rüdiger Smettan naar *Kriminelle Bereicherung in Abhängigkeit von Gewinnen, Risiken, Strafen und Moral*.¹¹⁸ In deze studie formuleert Smettan een beslissingsmodel met betrekking tot de beslissing van een potentiële dader om een strafbaar feit te begaan. Hij baseert zich daarbij op het rechtseconomische afschrikkingsmodel, maar – en daarin ligt het aantrekkelijke van deze studie – hij abstraheert niet van persoonlijkheidskenmerken van de potentiële dader en zijn sociale omstandigheden. De structuur van een misdadige beslissing moet zo worden gezien, dat de keuze

116 Zie voor een bespreking van verschillende onderzoeken: Hirsch 1979, p. 202-204, Vanberg 1982, p. 43-45, H. Franken 1983, p. 125-127, en Cooter & Ulen 1997, p. 413-416. Vgl. ook Kaiser 1989, p. 691-693.

117 Zie bijvoorbeeld Dessecker 1992, p. 85. Posner hecht niettemin veel waarde aan deze onderzoeken. Dit hangt samen met zijn originele, maar mijns inziens niet geheel overtuigende stelling: '(...) a better test of a theory than the realism of its assumptions is its predictive power.' Zie Posner 1998, p. 243. Vgl. ook p. 18.

118 Smettan 1992. De resultaten van dit onderzoek worden bevestigd door een onderzoek van Vrugink 2001, p. 43-78, waarover nader nr. 48.

wordt gemaakt door een persoon zoals hij op dat moment is gevormd door maatschappelijke, individuele en actuele factoren. Een keuze wordt niet alleen bepaald door de (toekomstige) verwachtingen die men heeft, maar ook door feiten en omstandigheden uit verleden en heden.¹¹⁹ Smettan beschouwt zodoende criminologische en rechtseconomische theorieën niet zozeer als tegengesteld, maar eerder als complementair.¹²⁰

46. Bij de beslissing van een potentiële dader zijn in de visie van Smettan de volgende factoren van enig belang: de te behalen winst, de mogelijke kosten, de morele kosten – 'ein Sammelbegriff für verschiedene psychische Gegenkräfte gegen kriminelle Handlungen'¹²¹ –, de kans dat de voorgenomen daad succesvol kan worden uitgevoerd (of invers: de pakkans), het risico van bestraffing en de mogelijke legale alternatieven (*opportunity costs*).¹²² Met name de toevoeging van een post 'morele kosten' valt op. Hiermee wordt een economische benadering verenigd met een psychologische.¹²³

Het model dat Smettan in essentie hanteert, is het volgende. Iemand gaat over tot een bepaalde handeling indien deze handeling voor hem positieve waarde heeft. Die waarde wordt bepaald door de te verwachten winst waarvan wordt afgetrokken *a.* het produkt van de (financiële) kosten en de pakkans, en *b.* de morele kosten. Aan de hand van een empirische toetsing kunnen er uitspraken worden gedaan over het relatieve aandeel van de verschillende factoren bij de beslissing van de potentiële dader. Verschillen in variatie en gewicht kunnen daarna in verband worden gebracht met kenmerken van de situatie en/of de persoonlijke eigenschappen van de dader.¹²⁴

47. Smettan heeft het door hem opgestelde beslissingsmodel aan een empirische onderzoek onderworpen. In een enquête zijn aan drie groepen personen vragen voorgelegd over hun beslissingen in een groot aantal hypothetische situaties, als ook vragen met betrekking tot maatschappelijke omstandigheden en persoonlijkheidskenmerken. De drie groepen waren een groep mensen die zijn veroordeeld wegens verschillende vermogensdelicten, een groep zakenlieden – mensen die

119 Smettan 1992, p. 76-79.

120 Men zou dit, in navolging van Jolls, Sunstein & Thaler 1998, kunnen aanduiden als *behavioral law and economics*, een benadering van de rechtseconomie waarin inzichten uit de sociale wetenschappen en gedragswetenschappen worden geïntegreerd in rechtseconomische theorieën en modellen.

121 Smettan 1992, p. 89.

122 Smettan 1992, p. 80-96.

123 Zie Smettan 1992, p. 86: 'Dieses Kostenkonzept ist die wesentliche Schnittstelle zwischen ökonomischen und psychologischen Aspekten der entscheidungstheoretischen Erklärung krimineller Bereicherung.'

124 Smettan 1992, p. 103-116.

beroepshalve veel financiële beslissingen nemen – en tot slot een groep willekeurig uitgekozen respondenten (controlegroep).¹²⁵

De belangrijkste uitkomsten van het onderzoek laten zich als volgt – enigszins verkort en vereenvoudigd – weergeven.¹²⁶ Uit het correlatie-onderzoek blijkt allereerst dat alle factoren uit het model een overwegend significante invloed hebben op de uitkomst. Daarbij blijken de morele kosten nog de grootste invloed te hebben op de beslissing. Hoe hoger deze kosten, hoe kleiner de bereidheid is een strafbaar feit te begaan. Na de morele kosten komt de inschatting van het risico als meest beduidende factor naar voren. De invloed van de verwachtingen van de kosten en de winst hebben een kleinere invloed, al zijn de winstverwachtingen van groter belang dan de verwachtingen van de kosten.

Andere noemenswaardige onderzoeksresultaten zijn de volgende. Hoe groter de winstverwachtingen in bepaalde gevallen zijn, hoe lager de risico's en de morele kosten blijken te worden ingeschat. Er bestaat eveneens een negatief verband tussen de inschatting van het risico en de morele kosten. Betreft men persoonlijke gegevens in het model, dan blijkt allereerst dat de morele kosten bij de veroordeelde personen wel een rol spelen, maar in mindere mate dan bij de groep niet-veroordeelde personen. Tevens blijkt dat de morele kosten in aanmerkelijke mate (46 %) kunnen worden verklaard door persoonlijkheidskenmerken, vooral de mate van normbinding. De winstverwachtingen spelen bij de veroordeelden een grotere rol dan bij de niet-veroordeelde. De verwachtingen omtrent de kosten spelen bij de veroordeelden een kleinere rol dan die omtrent de winst, terwijl het verband bij niet-veroordeelde juist omgekeerd ligt. Het is daarbij overigens niet zo dat veroordeelden en niet-veroordeelde de winst en de kosten heel verschillend inschatten. De betekenis die zij er aan toekennen, wijkt echter af.

Ten aanzien van voordeelsontnemende sancties blijkt uit het onderzoek van Smettan dat deze een relatief kleine invloed uitoefenen op het beslissingsgedrag. Dergelijke sancties verhogen wel de te verwachten kosten maar lijken geen invloed uit te oefenen op de winstverwachting.¹²⁷ Deze geringe rol van de sancties laat zich met name begrijpen doordat veroordeelden zich hoofdzakelijk door winstverwachtingen laten leiden, en minder door kosten.

48. De resultaten van de studie van Smettan worden bevestigd in een onderzoek van Vrugink.¹²⁸ Hij heeft eveneens aan de hand van een enquête onderzocht welke factoren een rol spelen bij de beslissing om al dan niet een strafbaar feit te begaan.

125 Zie over de onderzoeksmethode nader Smettan 1992, p. 117-148.

126 Zie voor de onderzoeksresultaten Smettan 1992, p. 149-203.

127 Smettan 1992, p. 210. In eerdere onderzoeken konden overigens al aanwijzingen worden gevonden dat misdadigers in het algemeen winsten overschatten en kosten onderschatten. Zie Smettan 1992, p. 96-99, en Cooter & Ulen 1997, p. 417.

128 Vrugink 2001, p. 43-78.

Ook hieruit blijkt dat de invloed van sancties op de beslissing om een dergelijk feit te begaan, tamelijk zwak is, terwijl persoonlijkheidsfactoren een veel grotere rol spelen. Kosten van een delict blijken voor veroordeelden in mindere mate een rol te spelen bij het nemen van de beslissing dan voor niet-veroordeelden (in deze studie: studenten). Verder blijkt dat in individuele gevallen de verwachtingen omtrent de opbrengst of die omtrent de kosten telkens een doorslaggevende rol spelen. Van een werkelijke afweging van kosten en baten lijkt geen sprake te zijn.

49. Men kan niet zeggen dat met deze empirische onderzoeken het beslissingsgedrag van misdadigers en rechtschapen burgers voor eens en altijd vaststaat. Elk onderzoek kent beperkingen. De studies van Smettan en Vrugink leveren, voor zover ik heb kunnen nagaan, echter de meest adequate gegevens voor dit moment op. De resultaten relativiseren in belangrijke mate het rechtseconomische afschrikingsmodel, doordat deze aannemelijk maken dat het rechtseconomische model ten onrechte voorbij gaat aan morele aspecten, en daarnaast het geringe gewicht van met name de niet-morele kosten in de beslissingsgedraging aannemelijk maakt. Men kan niet zeggen dat de verhoging van de kosten van een strafbaar feit door ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen geen enkele invloed heeft, maar die invloed is beduidend kleiner dan in het rechtseconomische model wordt verondersteld.¹²⁹

Uit het voorgaande volgt tevens dat aan het rechtseconomische model normatieve werking moet worden ontzegd. De aan dat model ten grondslag liggende assumpties staan immers onvoldoende vast. Hiermee is ook de instrumentele zijde van de internationaal rechtspolitieke visie als (zelfstandige) grondslag van de confiscatie gediskwalificeerd. Vanuit descriptief perspectief kan wel worden vastgesteld dat confiscatie enige invloed heeft op het beslissingsgedrag van een misdadiger, maar dat deze invloed niet heel groot blijkt te zijn. In dat opzicht wordt de werking van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen vermogen veelal overschat.

6.3 Voordeelsontneming en 'corrective justice'

50. Eén van de bezwaren die is geopperd tegen het rechtseconomische afschrikingsmodel, heeft betrekking op de rechtvaardiging van de sanctie *ex post*. In het rechtseconomische model staat immers beïnvloeding van de beslissing om al dan niet tot handelen over te gaan, voorop. Indien niettegenstaande de afschrikkende

129 De onderzoeksresultaten hoeven uiteraard niet alleen tot een diskwalificatie te leiden. Men zou tevens kunnen onderzoeken of het mogelijk is om op basis van die resultaten het rechtseconomische model in praktische zin te verbeteren, bijvoorbeeld door te trachten de kosten van confiscatie bij potentiële misdadigers meer te internaliseren. Dit zou wellicht kunnen door veel publieke aandacht te besteden aan confiscatie. Vgl. Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1538.

werking van de sanctie een strafbaar feit wordt begaan, moet de dader ook die sanctie opgelegd krijgen. Dat is een logisch complement van het afschrikkingsmodel. Zou de sanctie niet of in afgezwakte vorm worden opgelegd, dan beïnvloedt dat het produkt van sanctiekans en sanctiehoogte.¹³⁰ De rechtvaardiging *ex post* van een daadwerkelijk opgelegde sanctie, valt zodoende samen met de grondslag van de sanctie als middel tot afschrikking *ex ante*. Wanneer het afschrikkingsmodel echter faalt als (normatieve) grondslag voor de confiscatie van wederrechtelijk verkregen vermogen, vervalt de beoogde afschrikking ook als rechtvaardiging *ex post* van de confiscatie.

51. De internationale rechtspolitieke visie omvat, naast afschrikking, een tweede grondslag voor de confiscatie. Het ontnemen van wederrechtelijk verkregen vermogen zou zijn grondslag vinden in de moraal, meer in het bijzonder in de wezenlijke rechtvaardigheidsgedachte dat misdaad niet mag lonen. Anders dan voor het afschrikkingsmodel is het niet moeilijk steun voor deze opvatting te vinden. In de literatuur wordt deze rechtvaardiging van confiscatie zonder veel omhaal naar voren gebracht. Zo stelt bijvoorbeeld Van Duyne dat het gaat om 'een heel eenvoudige grondregel'¹³¹ en Smettan merkt beslist op: 'Einem Straftäter dürfen Gewinne aus illegalem Handeln nicht verbleiben. Darin besteht Einigkeit.'¹³² Twijfel over de moraal als grondslag voor de confiscatie lijkt niet aanwezig.

Maar ligt het zo eenvoudig? Komt men niet ongemerkt in een cirkelredenering terecht wanneer men stelt dat de grondslag – in wezen niets anders dan de rechtvaardiging – van de confiscatie ligt in een rechtvaardigheidsgedachte? Is een dergelijke gedachtegang in wezen niet hetzelfde als de stelling dat redelijke oplossingen nooit onredelijk kunnen zijn, juist omdat ze redelijk zijn? De werkelijke vraag is echter waarom iets redelijk is, waarom iets rechtvaardig is. Maar een dergelijke vraag brengt ook weer problemen mee. Recht is geen exacte wetenschap en berust in die zin niet op gegeven natuurkundige principes. De rechtvaardiging die het recht voor een bepaalde regel kan bieden, is uiteindelijk nooit meer dan de rechtspolitieke *keuze* voor die regel.¹³³ De vraag die daarbij moet worden gesteld, is die naar de motivering van de keuze. Met betrekking tot de confiscatie luidt deze vraag dan: is het mogelijk het rechtvaardigheidsprincipe 'misdaad mag niet lonen' anders of meer te staven dan met een enkele verwijzing naar de moraal?

130 Kennelijk anders: Faure 1998a, p. 232. Faure meent dat er door het rechtseconomische afschrikkingsmodel geen rechtvaardiging wordt gegeven voor ontneming van voordeel *ex post*, omdat dit geen invloed meer kan hebben op de prikkels voorafgaande aan het begaan van een strafbaar feit. Faure negeert echter dat het verwachtingspatroon van een potentiële dader juist wordt beïnvloed door hetgeen hij waarneemt over de bestraffing van anderen dan hijzelf.

131 Van Duyne 1995, p. 194-195.

132 Smettan 1992, p. 29.

133 Vgl. Arnold 1980, p. 181: 'The trouble is, it is notoriously difficult to work out an account of reasons which does not let in nonrational elements at some point.'

Een poging deze laatste vraag is beantwoorden, is door Faure ondernomen. Faure, die de afschrikkingsthese als grondslag voor de confiscatie afwijst,¹³⁴ meent dat aan het principe 'misdaad mag niet lonen' invulling kan worden gegeven aan de hand van het *corrective justice* perspectief. Hij verwijst hiermee naar een rechtvaardigheidstheorie die voor het civiele aansprakelijkheidsrecht een andere grondslag aanreikt dan de rechtseconomische benadering die zich, mede vanuit het streven naar maximalisatie van maatschappelijke welvaart, op de instrumentalistische afschrikkingsgedachte verlaat.¹³⁵ De *corrective justice* vereist geen afschrikking, maar een herstel van het verstoorde maatschappelijk evenwicht.¹³⁶ Teneinde de betekenis van het *corrective justice* perspectief voor de ontneming van wederrechtelijke verkregen vermogen te duiden, beschrijf ik allereerst kort de inhoud en de betekenis van de *corrective justice*. Daarbij baseer ik mij mede op het genoemde debat over de grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht.¹³⁷

52. Het concept van de *corrective justice* – men kan ook spreken van vereffende rechtvaardigheid – is terug te voeren naar Aristoteles.¹³⁸ Hij maakt een onderscheid tussen de verdelende (of distributieve) rechtvaardigheid en de vereffende (of vergeldende) rechtvaardigheid. De verdelende rechtvaardigheid heeft betrekking op de vraag op welke wijze de maatschappelijke goederen worden verdeeld onder de leden van de maatschappij. De maatstaf daarvoor is volgens Aristoteles gelegen in de verhouding tussen de individuele verdiensten van de afzonderlijke leden. De vereffende rechtvaardigheid ziet er vervolgens op toe dat in het geval de verdeling tussen de leden wordt verstoord, het evenwicht – de oorspronkelijke verdeling – weer wordt hersteld. Volgens Aristoteles noopt niet elke verstoring van het evenwicht tot vereffening daarvan. Vereist is dat de ene partij de andere partij heeft benadeeld en dat deze benadeling verkeerd, onrechtvaardig is. Bij het herstel van een onrechtvaardige benadeling mag overigens de persoon van de dader

134 Zie Faure 1998a, p. 230-232.

135 Het debat tussen deze twee stromingen wordt onder meer beschreven door Schwartz 1997, p. 1802-1811. Een uitwerking van de verschillende theorieën op het aansprakelijkheidsrecht is in de Nederlandse literatuur te vinden bij Hol 1993.

136 Faure 1998a, p. 232-233.

137 Ik geef echter geen beschrijving van dat debat, aangezien het om een uitgebreid en complex debat gaat. Het debat wordt daarbij met enige regelmaat op een zeer abstract, filosofisch niveau gevoerd, met name door de aanhangers van de *corrective justice* (vgl. Schwartz 1997, p. 1810: '(...) the more recent literature on corrective justice (...) has become highly abstruse and abstract in ways that render it all but inaccessible to readers lacking a formal training in philosophy.'). De verschillende deelonderwerpen die in het debat aan de orde komen – zoals *strict liability*, *negligence* en de rol van verzekeringen – zijn overigens niet relevant voor de grondslagen van de confiscatie.

138 Zie voor (de vertaling van) de relevante passages: Aristoteles (vertaling) 1997, p. 174-177. Zie over de betekenis daarvan nader Posner 1981, p. 189-191, Hol 1993, p. 27-30, Gordley 1995, p. 132-140, Weinrib 1995, p. 56-83, en Wright 1995, p. 166-171. Vgl. ook Fletcher 1996, p. 79-94, en Nieuwenhuis 2000, p. 206-207.

en van het slachtoffer – de ‘morele kwalificatie van de betrokkenen’¹³⁹ – geen rol spelen bij de vereffening.

53. Het Aristoteliaanse concept van de vereffende rechtvaardigheid wordt wel beschouwd als een min of meer waardevrije concept. Het zou gaan om een ‘vorm’ of een *procedural principle*.¹⁴⁰ indien men ten onrechte schade lijdt, dan dient die schade te worden vergoed. De vereffende rechtvaardigheid bepaalt zodoende welke reactie gewenst is, namelijk: het vereffenen (vergoeden) van de schade. Men moet echter wel opletten bij de aanduiding van de vereffende rechtvaardigheid als ‘vorm’ of ‘procedureel principe’. Aristoteles acht immers alleen termen voor vereffening aanwezig wanneer de benadeling *onrechtvaardig* is. Niet elke verstoring van de oorspronkelijke verdeling noopt tot vereffening. Indien men zich bijvoorbeeld vrijwillig laat benadelen, heeft dit wel een verstoring tot gevolg maar is er geen reden tot vereffening.¹⁴¹

In het debat over de grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht wordt het Kantiaanse vrijheidsbeginsel – eenvoudig gezegd: ‘wat gij niet wilt dat u geschiedt, doet dat ook een ander niet’¹⁴² – wel als de juiste aanvullende maatstaf naar voren gebracht.¹⁴³ Het is echter ook denkbaar een andere (morele) maatstaf aan te leggen teneinde de onrechtvaardigheid van de benadeling te kunnen bepalen.¹⁴⁴ Welke maatstaf de juiste, althans de meest wenselijke, is, laat ik hier in het midden. Het gaat mij er alleen om aan te geven dat het concept van de vereffende rechtvaardigheid zich beperkt tot de reactie op bepaald gedrag. Op welk gedrag die reactie behoort te volgen, wordt niet door de vereffende rechtvaardigheid zelf beoordeeld. Daartoe is een aanvullende maatstaf vereist.¹⁴⁵

54. Indien vaststaat dat bepaald gedrag tot vereffening noopt, hoe ziet die vereffening er dan uit? De uiteenzetting van Aristoteles over de vereffening is niet zo eenvoudig. Door de onrechtvaardige benadeling is de gelijkheid – dat wil zeggen: de verhouding zoals die uit de oorspronkelijke verdeling voortvloeit¹⁴⁶

139 Hol 1993, p. 29.

140 Zie respectievelijk Hol 1993, p. 30, en Posner 1981, p. 191, 203.

141 Aristoteles (vertaling) 1997, p. 185.

142 Zie Hol 1993, p. 130. Vgl. Gordley 1995, p. 162-163.

143 Met name door Weinrib 1995, p. 80-83. Zie ook Wright 1995, p. 170-171.

144 Vgl. O’Connell 1997, p. 1717-1719.

145 Door de noodzaak van het gebruik van een aanvullende maatstaf wordt het onderscheid tussen verdelende en vereffende rechtvaardigheid diffuser. Een regel die bepaalt dat een zekere gedraging onrechtvaardig is, impliceert veelal ook een bepaalde verdeling. Uit bijvoorbeeld de regel dat het leveren van gebrekkige produkten aan consumenten in principe onrechtvaardig is, volgt immers dat de risico’s van het produceren aan de fabrikant wordt toebedeeld en niet aan de consument. Zie Cane 1996, p. 480-481.

146 Het betreft niet een gelijkheid in die zin dat aan een ieder in distributieve zin evenveel toekomt. De gelijkheid betekent hier dat men niet teveel of te weinig heeft in vergelijking met hetgeen men toekomt volgens de verdelende rechtvaardigheid. Aristoteles spreekt hier van een ‘arithmetische

– tussen de partijen, de dader en het slachtoffer, verstoord. Het is deze ongelijkheid die volgens Aristoteles moet worden vereffend:

Daarom probeert de rechter dit onrechtvaardige, dat ongelijkheid impliceert, gelijk te maken. (...) De rechter probeert ze [de ervaring van het slachtoffer en de daad; MJB] echter door de straf gelijk te maken, door het voordeel van de dader te verminderen. Want in zulke gevallen wordt in het algemeen de term “winst” gebruikt, ook al zal deze term soms geen geschikte naam zijn, bijvoorbeeld voor de man die een ander heeft geslagen; en de term “verlies” is evenmin een geschikte naam voor wat degene die geslagen is heeft opgelopen. Wanneer men echter de schade die het slachtoffer ondergaat, heeft gemeten, wordt het resultaat respectievelijk verlies en winst genoemd. Daarom is het gelijke het midden tussen wat meer en wat minder is, (...) ¹⁴⁷

Uit deze uiteenzetting – als ook uit het vervolg daarop ¹⁴⁸ – komt het beeld naar voren dat de winst van de dader en het verlies spiegelbeeldig zijn. De rechter neemt het teveel weg en geeft dat aan de benadeelde, waardoor de gelijkheid weer wordt hersteld. ¹⁴⁹ In de praktijk zijn winst en verlies echter niet altijd spiegelbeeldig. Soms is de winst groter dan het verlies of is er helemaal geen verlies. Ook het omgekeerde kan het geval zijn: er is alleen maar verlies of het verlies is groter dan de winst. De toepassing van hetgeen Aristoteles heeft gesteld over vereffening, is onduidelijk: moet de rechter letterlijk het bedrag van de winst en het bedrag van het verlies middelen? Of kan een schadevergoeding alleen worden toegewezen indien en voor zover de dader winst heeft behaald? ¹⁵⁰

Het lijkt verstandiger hetgeen Aristoteles zegt over vereffening, in een meer abstracte zin op te vatten: de vereffening heeft tot doel de oorspronkelijke situatie, de situatie die is verstoord, zo veel mogelijk te herstellen. ¹⁵¹ Voor dat doel zijn het ontnemen van winst en het vergoeden van schade de aangewezen middelen,

evenredigheid'. Zie Aristoteles (vertaling) 1997, p. 176.

147 Aristoteles (vertaling) 1997, p. 177.

148 Zie Aristoteles (vertaling) 1997, p. 177-179.

149 Zie Aristoteles (vertaling) 1997, p. 177: 'De rechter herstelt de gelijkheid, en wat hij doet is vergelijkbaar met het volgende: in het geval van een lijn, die in twee ongelijke stukken is verdeeld, haalt hij van het grootste lijnstuk zoveel af als het groter is dan de helft van de hele lijn en voegt dit toe aan het kleinste lijnstuk. En wanneer het geheel gehalveerd is, zegt men dat ieder zijn eigen deel heeft, indien hij een gelijk deel heeft gekregen.'

150 Vgl. Posner 1981, p. 204, en Weinrib 1995, p. 118-119.

151 Vgl. Cane 1996, p. 472: 'Corrective justice requires that when one person makes a gain and another suffers a loss as a result of wrongful conduct by the former, the gain should be shifted back to the loser so as to restore the parties to the positions they were in before the wrong in respect of that gain of loss' (cursivering toegevoegd). Soortgelijke formuleringen treft men ook aan bij Gordley 1995, p. 138 ('corrective justice restores a pre-existing equality'), Weinrib 1995, p. 117 ('the court (...) restores the parties to the equality that would have prevailed had the norm been observed'), en Fletcher 1996, p. 87 ('to return to the status quo ante').

zij het dat niet steeds duidelijk is hoe deze middelen in onderlinge verhouding moeten worden toegepast.¹⁵²

55. Heeft de vereffende rechtvaardigheid nu betekenis als grondslag voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen? Vooropgesteld moet worden dat het rechtvaardigheidsconcept van Aristoteles niet is beperkt tot het terrein van de schadevergoeding. Dat volgt al uit het enkele feit dat in het toenmalige rechtssysteem strafvervolgning geen exclusieve overheidszaak was, maar veeleer voorbehouden aan private partijen, zoals het slachtoffer.¹⁵³ Het is dan ook mogelijk het concept van de vereffende rechtvaardigheid als grondslag voor het ontnemen van misdadig vermogen te onderzoeken. In dat kader stelt Faure:

Geargumenteed kan worden dat de corrective justice-idee zo geïnterpreteerd dient te worden dat wanneer *ex post* wordt vastgesteld dat een delinquent door het plegen van een strafbaar feit wederrechtelijk voordeel heeft gerealiseerd, dit voordeel van hem dient te worden weggenomen. Daardoor wordt het geschonden maatschappelijk evenwicht hersteld, althans een *restitutio in integrum* bereikt. Op die wijze krijgt de slogan "crime shouldn't pay" een realistischer invulling [dan met een rechtseconomische benadering: MJB].¹⁵⁴

Deze redenering is vruchtbaar, maar krijgt mijns inziens pas reliëf wanneer men de verdelende rechtvaardigheid erbij betreft. Strafbbaarstellingen kunnen worden gezien als onderdeel van de wijze waarop een maatschappij, althans haar wetgever, de samenleving heeft willen inrichten. Het strafbaar stellen van bepaald gedrag beoogt immers het afwenden van dat gedrag. Het afwenden daarvan dient ter bescherming van andere – fysieke, psychische, financiële en (andere) maatschappelijke – rechten. Strafbbaarstellingen zijn op deze wijze onderdeel van de verdeling van rechten en plichten in een maatschappij. Indien iemand een strafbaar feit begaat, wordt deze verdeling verstoord en die verstoring moet worden vereffend. De verstoring treft niet alleen het slachtoffer, maar ook de maatschappij als geheel.

152 Weinrib introduceert in dit verband een 'normatief' concept van winst en verlies: 'As a justificatory structure, corrective justice embodies norms that set the terms of fair interaction. In their normative aspects, gains and losses involve a comparison between what one has and what one should have through the operation of those norms. A normative gain occurs when one's holdings are greater than they ought to be under those norms; a normative loss occurs when one's holdings are smaller than they ought to be.' Zie Weinrib 1995, p. 115-116. In deze benadering staat niet zozeer het bedrag van de winst of het verlies centraal, maar hoofdzakelijk de onrechtvaardigheid daarvan. Is er sprake van onrechtvaardige behaalde winst of ten onrechte geleden verlies, dan is vereffening vereist in de vorm van ontneming van het teveel of vergoeding van de schade. Aristoteliaanse spiegelbeeldigheid is niet vereist, althans niet in letterlijke zin. Zie nader Weinrib 1995, p. 115-120.

153 Posner 1981, p. 191. Vgl. bijvoorbeeld ook Ashmann 1995.

154 Faure 1998a, p. 233.

De vereffening van (de gevolgen van) een strafbaar feit is een complexe aangelegenheid. Het gebruikelijke strafrechtelijke middel daartoe is de leedtoevoegende straf.¹⁵⁵ Afgezien van de beoogde afschrikwekkende werking van de straf,¹⁵⁶ wordt door (middel van) de leedtoevoeging – zo goed en zo kwaad als dat kan¹⁵⁷ – de onrust (de schok, de angst, het ongenoegen) vereffend die bij slachtoffers en maatschappij zijn ontstaan. In meer materiële zin valt te wijzen op de schade die bij het slachtoffer is ontstaan en het voordeel dat de dader heeft verkregen. Vereffening van deze posten geschiedt door het compenseren van de schade van het slachtoffer en het ontnemen van het voordeel van de dader.¹⁵⁸

Het herstel van de door een strafbaar feit verstoorde maatschappelijke ordening wordt niet enkel bepaald door het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel. Het vormt 'slechts' een onderdeel van het herstel. Het principe 'misdaad mag niet lonen' is, zo bezien, een onderdeel van een mechanisme dat erop is gericht een achterliggend rechtvaardigheidsideaal in stand te houden. De tweede grondslag die ligt opgesloten in de internationale rechtspolitieke visie, kan derhalve worden onderschreven, in die zin dat het mogelijk is het appel op de moraal op een plausibele wijze te motiveren. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat de hier gegeven motivering de enige of de juiste zou zijn.¹⁵⁹ Ook de motivering voor een keuze is uiteindelijk niet meer dan een keuze. De confiscatie als mogelijkheid om de

- 155 In de Anglo-Amerikaanse literatuur wordt dit aspect van de straf aangeduid als *retribution*. Deze term laat zich op meerder manieren vertalen: vergoeding, genoegdoening, vergelding. De opvatting dat vergelding in wezen een vorm van vergoeding, en in die zin ook een vorm van rechtsherstel is, treft men bijvoorbeeld expliciet aan bij Morris 1976, p. 34: '(...) it is just to punish those who have violated the rules and caused the unfair distribution of benefits and burdens. (...) he owes something to others, for he has something that does not rightfully belong to him. Justice – that is punishing such individuals – restores the equilibrium of benefits and burdens by taking from the individual what he owes, that is, exacting the debt.' Vgl. ook Gordley 1995, p. 175.
- 156 De straf heeft in de moderne strafrechtstheorieën een gemengde grondslag. Afschrikking (preventie), en vergelding worden veelal *tezamen* als belangrijkste grondslag beschouwd. Zie Schwartz 1997, p. 1811-1815. Vgl. ook Fried 1988, p. 412-414.
- 157 Het zou misleidend zijn ' (...) om voorop te stellen dat de straf een schending van de rechtsorde letterlijk ongedaan zou kunnen maken. Dat lukt net zo min als een leeggeknepen tube tandpasta kan worden bijgevuld', aldus Groenhuijsen 1985, p. 144.
- 158 Dat ik hier spreek van 'voordeel' en niet van 'vermogen', hangt samen met het feit dat het herstel van de oorspronkelijke toestand mijns inziens impliceert dat, los van een eventuele schadevergoedingsplicht, aan de dader niet meer mag worden ontnomen dan hij daadwerkelijk heeft verkregen, i.e. de netto-opbrengsten. Zie nr. 280.
- 159 Zo komt bijvoorbeeld Fried door middel van een kritische evaluatie van de Amerikaanse *criminal forfeiture* wetgeving, waarin de Aristoteliaanse rechtvaardigheidsgedachte geen rol speelt, tot een vergelijkbaar standpunt. Zie Fried 1988, p. 411: '(...) the forfeiture of profits from all crimes committed for the sake of economic gain seems to effectuate the old common law principle that no one may benefit by his or her own wrong. Such forfeitures would seem to be an ideal minimum penalty, because (...) they restore the status *quo ante* as far as possible.' Fried heeft daarbij ook oog voor de positie van benadeelden: '(...) whatever property is extracted from the defendant (...) must be made available to his victims, creditors (...) and even to a certain extent to his innocent dependents.'

oorspronkelijke ordening, die het strafrecht beoogt te beschermen, zo veel mogelijk te herstellen, spreekt mij echter aan.

56. Het perspectief van de vereffende rechtvaardigheid verdient ook om een andere reden positieve waardering. De vereffende rechtvaardigheid is een relationeel begrip.¹⁶⁰ De vereffening vanwege het begaan van een strafbaar feit, vindt allereerst plaats in de relatie tussen dader en maatschappij, maar met name ook in de relatie tussen dader en slachtoffer. De vereffende rechtvaardigheid vereist niet alleen het ontnemen van het voordeel, maar ook het compenseren van schade. Deze benadering sluit aan bij de moderne visie op het belang van de rol van het slachtoffer in het strafproces.¹⁶¹ De vereffende rechtvaardigheid biedt niet alleen een grondslag voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, maar tevens voor de schadevergoeding. Het doel dat de vereffende rechtvaardigheid in zich draagt, is het herstel van de oorspronkelijke toestand. De ontneming en de schadevergoeding moeten in onderlinge verhouding dit doel bereiken.¹⁶²

6.4 *Een rationele benadering van de voordeelsontneming*

57. Op de internationale rechtspolitieke visie op de confiscatie valt, zoals uit bovenstaande beschouwingen blijkt, één en ander af te dingen. Het verwachte afschrikwekkende effect van de confiscatie is niet geheel ongegrond, doch theoretisch en empirisch kan het maar matig worden onderbouwd. Enige afschrikking kan de ontneming niet worden ontzegd, maar er mogen geen grootse resultaten van worden verwacht. De rechtvaardigheidstheorie heeft daarentegen aanmerkelijk betere kaarten in handen. Mede op grond van het Aristoteliaanse concept van de vereffende rechtvaardigheid kan de confiscatie worden aangemerkt als een mechanisme dat de financiële gevolgen van een verstoring in de (strafrechtelijke) rechtsorde ongedaan kan maken. Ontneming werkt daarbij in die zin normbevestigend, dat het laat zien dat misdaad inderdaad niet loont.

Tevens kan worden geconstateerd dat de context waarin in internationaal verband de ontneming van misdadig geld sterk in de belangstelling is komen te staan, berust op een rechtvaardigheidsgedachte die al eeuwen oud is. Ook hierin ligt een relativisering van de internationaal rechtspolitieke visie besloten: de verpakking is nieuw, niet de inhoud.

160 Vgl. Hol 1993, p. 30.

161 Ik volsta met een verwijzing naar Groenhuijsen 1985 en – meer specifiek ten aanzien van de confiscatie – Fried 1988, p. 411-412, 424-430.

162 Er kunnen hierbij problemen ontstaan omdat het bedrag van het voordeel en van het nadeel kunnen verschillen, welke moeten worden geredresseerd in de wet (zie voor de ontnemingsmaatregel: art. 36e lid 6 Sr, waarover nr. 435-455). De wijze van redres laat zich niet afleiden uit de *corrective justice* als grondslag voor ontneming en schadevergoeding.

De conclusie kan dan ook zijn dat een *rationele* confiscatie niet (enkel) moet zijn gebaseerd op een overspannen verwachting van de preventieve werking daarvan, maar met name op het herstel van een verstoorde rechtsorde. Bij het onderzoek naar de Nederlandse ontnemingsmaatregel in de navolgende hoofdstukken vormen de hiervoor genoemde kenmerken van een rationele voordeelsontneming een ijkpunt voor de inhoudelijke waardering van de Nederlandse regeling.

De opkomst van de ontnemingsmaatregel

1 Inleiding

58. De ontstaansgeschiedenis van de ontnemingsmaatregel gaat terug tot de Tweede Wereldoorlog. Vanaf dat moment is de behoefte te signaleren voordeelsontneming mogelijk te maken door middel van een afzonderlijke, op dat doel toegesneden sanctie; eerst in het economische strafrecht, later in het commune strafrecht.¹ Dit hoofdstuk beschrijft de opkomst van de ontnemingsmaatregel in het Nederlandse strafrecht.² Ik beperk mij tot de hoofdlijnen van de historische ontwikkeling van de ontnemingsmaatregel, waarbij met name de beweegredenen voor de invoering en de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel aan bod komen.

Na de beschrijving van de opkomst van de Nederlandse ontnemingsmaatregel besteed ik aandacht aan de opkomst van de Duitse soortgenoten, het *Verfall* en de daaraan verwante sancties. Deze laatste beschrijving beoogt niet alleen de opkomst van de Nederlandse ontnemingsmaatregel in perspectief te plaatsen, maar is tevens bedoeld als noodzakelijke inleiding voor de rechtsvergelijking die in een aantal van de volgende hoofdstukken plaatsvindt.

2 De opkomst van de ontnemingsmaatregel in Nederland

2.1 Inleiding

59. In drie chronologische stappen bespreek ik de opkomst van de ontnemingsmaatregel. Allereerst de opkomst in het economische strafrecht (1941-1950), daarna in het commune strafrecht (1966-1983). Tot slot de periode waarin de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel wordt verruimd en er meer strafvorderlijke

-
- 1 De mogelijkheid van verbeurdverklaring van (onder andere) voorwerpen die zijn verkregen door middel van het strafbare feit, bestaat reeds langer. Deze sanctie is zonder veel omhaal van woorden in het Wetboek van Strafrecht van 1886 opgenomen. Het ging, blijkens de toelichting, enkel om het continueren van de verbeurdverklaring zoals deze op grond van art. 11 Code Pénal mogelijk was. Zie Smidt I 1891, p. 358-360. Ook De Goeje 1882, p. 46-77, die de wettelijke regeling van de verbeurdverklaring in het – toen nieuwe – Wetboek van Strafrecht beschrijft, besteedt geen noemenswaardige aandacht aan de verbeurdverklaring van de opbrengst van een strafbaar feit.
- 2 Zie ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 7-48, Reijntjes 1993, p. 63-69, Keijser-Ringnalda 1994, p. 88-93, Doorenbos 1997, p. 61-70, en Blom 1998, p. 273-280.

voorzieningen met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel worden ingevoerd (1986-heden).

2.2 *De opkomst in het economische strafrecht*

60. Met het *Economisch Sanctiebesluit 1941*³ (ESB 1941) wordt door de bezetter de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel als afzonderlijke sanctie in het Nederlandse strafrecht ingevoerd. Het besluit beperkt zich, zoals de titel aangeeft, tot economische delicten.

In art. 3 sub 6 van dit besluit wordt als bijkomende straf genoemd: '(...) betaling van een aanvullend geldbedrag ter ontneming van voordeel, hetwelk door het strafbare feit en door gelijke of gelijksoortige strafbare feiten is behaald.' In geval van niet-betaling kan vervangende hechtenis worden toegepast. Daarnaast kan er als sanctie wegens het niet-voldoen van de ontnemingsstraf een verbod tot het (doen) verrichten van bedrijfshandelingen en het sluiten of stilleggen van het bedrijf worden opgelegd.⁴

61. Tegen het einde van de bezettingstijd wordt door de Nederlandse regering het *Besluit berechting economische delicten*⁵ (BBED) vastgesteld. Het betreft een noodregeling van tijdelijke aard.⁶ Ook dit besluit heeft enkel betrekking op economische delicten. Voor de onder het BBED als misdrijf gekwalificeerde feiten kan als bijkomende straf worden opgelegd de 'betaling van een aanvullend geldbedrag ter ontneming aan den veroordeelde van het voordeel door het begaan van het strafbare feit behaald' (art. 1 lid 1 sub II.e). Het BBED voorziet niet in vervangende hechtenis of een andere sanctie bij niet-betaling.

Vergelijkt men de ontnemingssancties in het ESB 1941 en in het BBED met elkaar, dan valt op dat het BBED alleen voordeelsontneming mogelijk maakt voor het strafbare feit, waarmee – naar ik aanneem – wordt bedoeld het strafbare feit waarvoor veroordeling plaatsvindt, terwijl het ESB 1941 ook ontneming van behaald voordeel toestaat voor 'gelijke of gelijksoortige strafbare feiten'. Tegenover de beperkte strekking van de ontnemingssanctie in het BBED staat (voor

3 Besluit van de Secretarissen-Generaal van de Departementen van Landbouw en Visscherij, van Handel, Nijverheid en Scheepvaart, en van Justitie betreffende sancties op overtreding van verschillende wettelijke maatregelen, rakende het economisch leven (Economisch Sanctiebesluit 1941), Stb. 1941, 709.

4 Door wie en op welke wijze deze sanctionering wegens niet-betaling plaatsvindt, laat het ESB 1941 in het midden. Het verbod, de sluiting en de stillegging vereisen, gelet op art. 3 sub 1 en 2, in elk geval een door de rechter vastgestelde termijn waarin het verbod, de sluiting of de stillegging van kracht is. Dit impliceert dat de sanctionering wegens niet-betaling in een afzonderlijke procedure aan de orde behoort te komen.

5 Besluit van 31 oktober 1944, houdende vaststelling van het Besluit berechting economische delicten, Stb. E 135.

6 A. Mulder 1959, p. 7.

misdrijven) een onbeperkt maximum voor geldboeten (art. 1 lid 1 sub I.a), terwijl in het ESB 1941 de geldboeten beperkt zijn tot maximaal f 25.000 en f 100.000 (art. 1 leden 1 en 2). Onder het BBED heeft de ontnemingsstraf een beperkte rol, met name omdat de geldboete wordt beschouwd als middel ter ontneming van voordeel verkregen uit soortgelijke feiten.⁷ Een afromende functie van de geldboete lijkt volkomen geaccepteerd.⁸

62. In 1950 wordt het BBED vervangen door de *Wet op de economische delicten* (WED).⁹ Als één van de redenen waarom economische delicten een afzonderlijke strafrechtelijk regeling behoeven, voert de wetgever aan dat een kenmerk van economische delicten is dat '(...) zij grote voordelen voor de delinquent mede [brengen], die hun aantrekkingskracht niet alleen in een voorbijgaand affect, maar ook bij nuchtere afweging doen gelden.' Hier '(...) zal [tegen] moeten opwegen een snelle, afdoende, met de grootst bereikbare zekerheid volgende straf en tenietdoening van behaald voordeel.' Het is dan ook van belang dat het sanctiepakket hierop toegesneden is: 'Weegt de straf tegen dit voordeel niet op, dan heeft zij haar doel gemist.'¹⁰

De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel wordt, dit maal als maatregel, opgenomen in art. 8 sub c. Dit artikel noemt als één van de op te leggen maatregelen: '(...) het opleggen van de verplichting tot voldoening van een geldbedrag ter ontneming van het geschatte voordeel uit het strafbare feit of uit soortgelijke strafbare feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan, dat zij door de veroordeelde zijn begaan.' De WED-ontnemingsmaatregel is, evenals onder het ESB 1941, niet beperkt tot het feit waarvoor veroordeling plaatsvindt maar heeft eveneens betrekking op gelijksoortige feiten. Een vervangende hechtenis ontbreekt, maar het niet-voldoen aan de ontnemingsmaatregel of het frustreren van het verhaal daarvan is strafbaar (art. 33 en 34 WED).¹¹

Twee aspecten van de WED-ontnemingsmaatregel licht ik hier nader toe: de keuze voor de maatregel (en niet langer de bijkomende straf) en de reikwijdte van deze maatregel.

7 Zie Hoogland 1947, p. 251-252. Omdat de geldboete en de vrijheidsstraf onder het BBED niet gecombineerd mogen worden, ziet Hoogland nog wel een functie voor de ontnemingsstraf als aanvulling op de vrijheidsstraf.

8 Zie bijvoorbeeld de discussie tussen Rambonnet 1947a en 1947b, en W.L. Snijders 1947 over de mogelijke omvang van de geldboete met het oog op het wederrechtelijk verkregen voordeel. Opvallend is dat er in deze discussie geen woord wordt gewijd aan de ontnemingsstraf in het BBED.

9 Wet van 22 juni 1950, houdende vaststelling van regelen voor de opsporing, de vervolging en de berechting van economische delicten (Wet op de economische delicten), Stb. K 258.

10 Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 12.

11 Zie daarover nr. 536.

63. De reden voor de keuze voor de maatregel en niet (langer) voor de bijkomende straf komt niet heel duidelijk naar voren in de parlementaire geschiedenis van de WED. De regering vindt het in ieder geval van groot belang om de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij afzonderlijke sanctie te regelen:

Intussen is het mogelijk, dat onmaatschappelijke gezindheid en behaald voordeel bij de delinquent niet recht evenredig zijn. Het ontwerp heeft een aan deze omstandigheid aangepaste beslissing nagestreefd door de mogelijkheid te openen vermogensstraf en ontneming van voordeel van elkaar te scheiden (...). Het Besluit berechting economische delicten kent deze onderscheiding reeds.¹²

Het lijkt er even op dat de regering een principieel onderscheid maakt tussen de vermogensstraf, die in relatie staat met de 'onmaatschappelijke gezindheid', en de ontneming van voordeel als een op het vereiste rechtsherstel gebaseerde maatregel. Maar dat is niet het geval gelet op de verwijzing naar het BBED waarin de ontneming nog een bijkomende straf is.¹³

De niet-evenredige relatie tussen onmaatschappelijke gezindheid en behaald voordeel is in een ander opzicht wel van belang. De niet-evenredigheid is met name een probleem '(...) daar, waar niet gestraft wordt, omdat het feit de dader niet of slechts verminderd kan worden toegerekend, maar desalniettemin voor het herstel (...) van het economisch leven wel aanleiding bestaat (...)'.¹⁴ De wetgever voorziet daarom in de mogelijkheid om de maatregelen – met uitzondering van de storting van een waarborgsom – ook te kunnen opleggen bij ontoerekeningsvatbaarheid van de dader (art. 9 lid 1 WED).¹⁵ De keuze voor de maatregel en niet langer voor de bijkomende straf lijkt daarbij niet op een principieel debat te rusten.¹⁶

64. In het oorspronkelijke ontwerp van de WED is de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel overigens nog ruimer geformuleerd: ontneming is daar mogelijk '(...) ter ontneming van het geschatte voordeel behaald door *het begaan van economische delicten*'.¹⁷ De toelichting van de regering getuigt van een grote gedrevenheid voor wat betreft de bestrijding van economische criminaliteit. In de Memorie van Toelichting constateert zij dat sommige rechters alleen voordeel menen te mogen ontnemen wanneer de omvang van het voordeel nauwkeurig is bewezen en het voordeel is behaald door het feit waarvoor veroordeling heeft plaatsgevonden.

12 Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 12.

13 Zie Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 16, en Van der Landen 1992, p. 301-302.

14 Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 17.

15 Thans bestaat deze bepaling niet meer.

16 Vgl. ook Van der Landen 1992, p. 303.

17 Ontwerp van wet, TK 1947-1948, 603, nr. 2, p. 2 (cursivering toegevoegd).

De regering acht een dergelijke benadering van de voordeelsontneming veel te eng:

Dit houdt geen rekening met de zin voor werkelijkheid, eigen aan vele economische delinquenten. Het komt voor, dat verdachten grif toegeven in de zwarte handel een bepaald, aanzienlijk bedrag verdiend te hebben. Bij weer anderen wordt bij de constatering van een economisch delict een bedrag aan geld aangetroffen, dat met hun normale bronnen van inkomsten onmogelijk in overeenstemming is te brengen. In dergelijke gevallen moet vlot kunnen worden ingegrepen; de verdachten verwachten trouwens niet anders. De tekst van het ontwerp laat dan ook in deze aan de rechter de nodige vrijheid.¹⁸

De Commissie voor Privaat- en Strafrecht is van mening dat de regering op dit onderdeel is doorgeschoten. Voordeelsontneming vanwege feiten die van een geheel andere aard zijn dat het feit waarvoor veroordeling plaatsvindt, heeft volgens de Commissie als belangrijk nadeel dat de verdachte hierdoor in zijn verdediging wordt benadeeld. De verdachte hoeft naar aanleiding van de dagvaarding immers niet te verwachten dat in de strafzaak ook geheel andere feiten dan het ten laste gelegde feit aan de orde zullen komen.¹⁹ Naar aanleiding van deze kritiek beperkt de regering de ontnemingsmaatregel tot het voordeel uit '(...) het strafbare feit of uit soortgelijke strafbare feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan, dat zij door de veroordeelde zijn begaan.'²⁰

2.3 *De opkomst in het commune strafrecht*

65. In de periode van 1966 tot en met 1972 heeft de *Commissie Vermogensstraffen*²¹ op verzoek van de toenmalige minister van Justitie onderzoek verricht naar enerzijds de feitelijke toepassing van vermogenssancties en anderzijds de noodzaak en de wenselijkheid van wijziging van de regeling van het opleggen en ten uitvoer leggen van de vermogenssancties.²² Door de minister wordt daarbij aandacht gevraagd voor de feitelijke toepassing van de ontnemingsmaatregel van art. 8 sub c WED

18 Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 17. A. Mulder 1950, p. 179, geeft een ander argument voor een verruiming van de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel. Het is volgens hem niet altijd mogelijk om alle strafbare feiten die voordeel hebben opgeleverd, ook ten laste te leggen.

19 Voorlopig Verslag, TK 1947-1948, 603, nr. 4, p. 38.

20 Memorie van Antwoord, TK 1948-1949, 603, nr. 5, p. 52, en Nota van Wijzigingen, TK 1948-1949, 603, nr. 6, p. 57.

21 Commissie, ingesteld bij besluit van de minister van Justitie d.d. 9 mei 1966, Stafafdeling Wetgeving Publiekrecht nr. 178/666. Deze Commissie staat ook bekend onder de naam Commissie-Van Binsbergen, naar de naam van haar voorzitter in de periode van 1967 tot en met 1972.

22 Interimrapport Vermogensstraffen 1969, p. 5-6.

en voor de vraag of deze maatregel een plaats in het commune strafrecht dient te krijgen.²³

66. Ten aanzien van het eerste aandachtspunt – de feitelijke toepassing van de WED-ontnemingsmaatregel – volstaat de Commissie met de weergave van de relevante CBS-statistieken over de periode van 1956 tot en met 1970. In deze periode zijn er jaarlijks gemiddeld 3,9 ontnemingsmaatregelen opgelegd met een gemiddeld bedrag van f 1238,89. Het 'topjaar' is 1959. In dat jaar wordt de ontnemingsmaatregel 12 maal opgelegd met een gemiddeld bedrag van f 5841,67. Maar in bijvoorbeeld 1970 is één ontnemingsmaatregel opgelegd met een bedrag van f 45,00. In de jaren 1961, 1962, 1963, 1967 en 1969 blijft de teller zelfs op nul steken. Kortom, de ontnemingsmaatregel leidt op dat moment een marginaal bestaan.

67. In haar eindrapport spreekt de Commissie zich uit voor de invoering van deze maatregel in het algemene strafrecht.²⁴ De Commissie voert daarvoor de volgende redenen aan. Ten eerste, het *niet* ontnemen van voordeel dat door middel van strafbare feiten is verkregen, wordt in het algemeen als onrechtvaardig ervaren door diegenen die zich wel aan de wet houden. Hierdoor ontstaat er een conflict-situatie. In de visie van de Commissie²⁵ is één van de belangrijkste doeleinden van het toepassen van strafrechtelijke sancties het oplossen van conflicten die ontstaan zijn door het delict.²⁶ Het opleggen van een ontnemingssanctie sluit hierbij aan. Ten tweede, indien aan de delinquent het door hem vergaarde wederrechtelijk vermogen niet wordt ontnomen, wordt daarmee afbreuk gedaan aan het (speciale en generale) preventieve effect dat met het strafrechtelijke optreden wordt beoogd. Dit preventieve effect beoogt '(...) een zodanige beïnvloeding van menselijk gedrag, dat dit overeenkomstig de rechtsregels verloopt (...)', zowel wat betreft de individuele dader, als alle andere burgers.²⁷

Omtrent de wijze waarop wederrechtelijk verkregen voordeel dient te worden ontnomen, stelt de Commissie dat het van belang is dat de voordeelsontneming geschiedt door middel van een specifieke ontnemingssanctie. Ontneming door

23 Zie de toespraak van de minister bij de installatie van de Commissie Vermogensstraffen, opgenomen in Interimrapport Vermogensstraffen 1969, p. 91-95.

24 Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 23-27. De wenselijkheid hiervan was overigens eerder al door de NJV uitgesproken. In de vergadering in 1948, die was gewijd aan de herziening van de verbeurdverklaring (in het commune strafrecht) is gestemd over de vraag: 'Dient ook opgelegd te kunnen worden de verbeurte van een bepaald bedrag ter ontneming van door het begaan van het strafbaar feit behaald voordeel?' Door een grote meerderheid is deze vraag bevestigend beantwoord. Zie Handelingen NJV 1948, tweede stuk, p. 136.

25 Met name het commissielid L.H.C. Hulsman heeft bij dit onderdeel 'een leidende rol gespeeld', aldus Soetenhorst-De Savorin Lohman 1979, p. 216.

26 Vgl. Interimrapport Vermogensstraffen 1969, p. 13, 15-17.

27 Interimrapport Vermogensstraffen 1969, p. 9-10. Vgl. in dit verband ook Van Veen 1949, p. 217.

middel van bijvoorbeeld een (hoge) geldboete of verbeurdverklaring heeft als belangrijk nadeel dat daarmee niet duidelijk wordt in welke mate de hoogte van die sanctie is bepaald door het behaalde voordeel. Daarmee kan er een verkeerde indruk ontstaan van het rechterlijk oordeel over de ernst van het begane feit. Daarnaast heeft een dergelijke 'onzuivere' wijze van voordeelsontneming als potentieel nadeel dat de schatting van het behaalde voordeel veel minder nauwkeurig zal geschieden dan wanneer deze ontneming door middel van een afzonderlijke sanctie geschiedt.

Samengevat: een afzonderlijke ontnemingsmaatregel beantwoordt in de visie van de Commissie aan twee sanctiedoeleinden, conflictoplossing en preventie, en aan een kwaliteitseis, namelijk een zo zuiver mogelijke scheiding van de diverse vermogenssancties.²⁸

68. Naast de hierboven genoemde argumenten voor de invoering van een ontnemingsmaatregel in het commune strafrecht noemt de Commissie nog een aantal mogelijke tegenargumenten. Daarbij geeft zij steeds aan waarom deze tegenargumenten in haar visie niet leiden tot een ander standpunt.²⁹ Ik behandel twee van deze tegenargumenten.

Als eerste tegenargument wordt genoemd het feit dat het behaalde voordeel doorgaans niet met enige nauwkeurigheid is vast te stellen. De Commissie stelt hier tegenover dat een schatting van het behaalde voordeel volstaat en dat de rechter de mogelijkheid heeft om de hoogte van de ontnemingsmaatregel te baseren op een redelijke taxatie van een deskundige. Een waarborg ter voorkoming van al te grove schattingen wordt gevormd door de voorgestelde regel dat de rechter bij de schatting gebonden is aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen.³⁰

Een ander tegenargument is dat het wederrechtelijk verkregen voordeel vatbaar is voor terugvordering door een benadeelde derde door middel van een civielrechtelijke actie, voeging in de strafzaak of een verzoek tot teruggave van in beslag genomen voorwerpen. Hier worden de volgende argumenten tegenover gesteld.³¹ De Commissie wijst erop dat de benadeelde niet altijd ageert omdat er sprake is van laksheid aan de kant van de benadeelde of omdat de procedure (te) hoge kosten met zich meebrengt. Wat er ook zij van de motieven van de benadeelde om geen vordering in te stellen, met dit argument wordt vooropgesteld dat voordeelsontne-

28 Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 23.

29 Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 24-25.

30 Zie het door de Commissie voorgestelde art. 338 lid 1 Sv, Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 63.

31 Naast de in de hoofdttekst genoemde argumenten wijst de Commissie er ook nog op dat de benadeelde dient te bewijzen dat het voordeel ten koste van hem is verworven. Dit bewijs zal niet altijd te leveren zijn. De Commissie licht dit argument niet nader toe, waardoor het onduidelijk is welke bewijsproblematiek zij precies voor ogen heeft gehad.

ming niet zozeer een particuliere aangelegenheid is, maar dat het strafrecht hiervoor een eigen verantwoordelijkheid kent. Dit neemt overigens niet weg dat in het geval dat de benadeelde wel ageert, deze actie van de benadeelde niet doorkruist mag worden door de oplegging van een ontnemingsmaatregel.³² Een volgend argument van de Commissie is dat er niet altijd sprake zal zijn van een concreet slachtoffer. Met name op het terrein van de milieuverontreiniging zijn gevallen denkbaar waarin er geen concreet slachtoffer aanwijsbaar is maar de wetsovertreder wel voordeel behaalt door overtreding van milieuvoorschriften. Denk bijvoorbeeld aan het (niet toegestane) gebruik van sterk verontreinigende maar tevens goedkope brandstoffen. Op het moment dat civielrechtelijke acties niet meer mogelijk zijn, komt de gehele verantwoordelijkheid voor de voordeelsontneming bij het strafrecht te liggen.

De overige tegenargumenten hebben hoofdzakelijk betrekking op allerlei praktische aspecten, zoals mogelijke complicaties van het strafvorderlijke onderzoek, de weinig frequente toepassing van de WED-ontnemingsmaatregel en perikelen rond het verhaal. De Commissie weerlegt deze tegenargumenten met even praktische oplossingen. Ik ga hier niet nader op in. Wel is het van belang te constateren dat de Commissie zich bij haar voorstel tot invoering van de ontnemingsmaatregel in het commune strafrecht niet heeft laten weerhouden door allerlei praktische zaken.³³ De eigen verantwoordelijkheid die het strafrecht moet nemen om aan de delinquent het door hem behaalde voordeel te ontnemen, weegt daarvoor kennelijk te zwaar.

69. De Commissie stelt voor om in het Wetboek van Strafrecht de volgende bepaling op te nemen: 'Vatbaar voor ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel zijn de geschatte, op geld waardeerbare baten, door middel van of uit het strafbare feit verkregen door hem die het feit heeft begaan' (art. 36h lid 1 Sr).³⁴ De geschatte baten vormen daarbij het maximumbedrag van de ontnemingsmaatregel. De rechter mag een lager bedrag vaststellen (art. 36h lid 2 Sr).³⁵ De belangen van de benadeelde worden gewaarborgd door art. 577c Sr, dat bepaalt dat de rechter op verzoek van de benadeelde het bedrag van de ontnemingsmaatregel kan verminderen of kwijtschelden. Is de ontnemingsmaatregel (gedeeltelijk) voldaan, dan kan de rechter uitkering van dat bedrag aan de benadeelde bevelen.³⁶

In tegenstelling tot de ontnemingsmaatregel van art. 8 sub c WED maakt de door de Commissie voor het algemene strafrecht voorgestelde ontnemingsmaatregel

32 Zie de door de Commissie voorgestelde art. 577c en 578 leden 2-5 Sv alsmede de toelichting daarop, Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 69-71 en 91-92.

33 Vgl. ook Jonkers 1974, p. 386.

34 Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 57.

35 De tekst van het door de Commissie voorgestelde art. 36h lid 2 Sr is tamelijk cryptisch. Zie echter Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 57, 78-79.

36 Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 69-70.

de ontneming van voordeel verkregen uit *soortgelijke* strafbare feiten niet mogelijk. Voor de economische delicten wil de Commissie de mogelijkheid tot ontneming van voordeel verkregen uit soortgelijke feiten behouden.³⁷ Zij overweegt daarbij dat economische delicten vaak 'in serie' worden begaan en dat er daarbij (en daardoor) behoefte bestaat om het voordeel van deze gehele serie te ontnemen zonder dat elk delict afzonderlijk dient te worden bewezen. Voor het commune strafrecht is die behoefte niet zodanig dat ook daarvoor ontneming van voordeel verkregen uit soortgelijke feiten mogelijk dient te zijn.³⁸

70. De voorstellen van de Commissie vinden breed gehoor bij de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de *Wet vermogenssancties*³⁹ in de periode van 1977 tot en met 1983.⁴⁰ De motivering van de minister voor de invoering van de ontnemingsmaatregel in het commune strafrecht bestaat grotendeels uit het letterlijk weergeven van de overwegingen van de Commissie hieromtrent. Gemeten aan de verdere discussie tijdens de parlementaire behandeling van de *Wet vermogenssancties* is de invoering van de ontnemingsmaatregel in het commune strafrecht een betrekkelijk geruisloze geweest. De wetgever acht de ontnemingsmaatregel met name zinvol in gevallen waarin slachtoffers niet of moeilijk te achterhalen zijn of dat het verhaal van schade door slachtoffers anderszins niet haalbaar is.⁴¹ Dit onderstreept de principiële gedachtegang van de Commissie dat het strafrecht een eigen verantwoordelijkheid kent ten aanzien van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Er is een aantal verschillen aan te wijzen tussen de door de Commissie voorgestelde ontnemingsmaatregel en de definitieve versie (art. 36e Sr).⁴² Het

37 Zie het door de Commissie voorgestelde art. 8 lid 2 WED, luidende: 'Indien voldoende aanwijzingen bestaan dat iemand, behalve de feiten terzake waarvan een vervolging is ingesteld, nog andere economische delicten van dezelfde aard heeft begaan, zijn – in afwijking van artikel 36h van het Wetboek van Strafrecht – mede vatbaar voor ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel: de geschatte op geld waardeerbare baten door hem verkregen door middel van of uit die andere delicten.' Zie Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 71.

38 Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 27.

39 Wet van 31 maart 1983, houdende herziening van bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Wet op de economische delicten en enkele andere wetten in verband met de oplegging van vermogenssancties (*Wet vermogenssancties*), Stb. 153 (in werking getreden op 1 mei 1983).

40 Al is het perspectief van de Commissie en de wetgever uiteindelijk wel een andere. De Commissie streeft fundamentele depenalisering na, terwijl de wetgever oog heeft voor het terugbrengen van het cellentekort door het terugdringen van de (korte) vrijheidsstraf. Zie nader Van der Landen 1992, p. 336-337.

41 Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nr. 3, p. 32, Memorie van Antwoord, TK 1981-1982, 15 012, nr. 5, p. 19-20, en Memorie van Antwoord, EK 1982-1983, 15 012, nr. 31a, p. 18.

42 De tekst van art. 36e lid 1 Sr na invoering van de *Wet vermogenssancties* luidt: 'Bij een rechterlijke uitspraak waarbij iemand wegens een strafbaar feit wordt veroordeeld, kan hem de verplichting worden opgelegd tot betaling aan de Staat van een geldbedrag ter ontneming van het geschatte voordeel dat hij door middel van of uit dat strafbare feit heeft verkregen. Onder voordeel is besparing van kosten begrepen.'

belangrijkste verschil betreft de mogelijkheid tot vervangende hechtenis, die in de voorstellen van de Commissie niet voorkomt. Voor de ontnemingsmaatregel geldt dezelfde regeling als voor de geldboete (art. 36e lid 4 Sr). De overige verschillen zijn redactioneel van aard. De herzieningsmogelijkheid ten behoeve van het slachtoffer wordt ongewijzigd overgenomen (art. 577b Sv).

71. In navolging van de Commissie beperkt de wetgever de mogelijkheden tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel in het economische strafrecht niet tot het feit waarvoor veroordeling plaatsvindt, maar de wet laat tevens ontneming toe voor 'soortgelijke feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan' (art. 8 sub a WED). Er treedt voor het economische strafrecht op dit onderdeel geen verandering op.⁴³ Het opnemen van een soortgelijke bepaling voor het algemene strafrecht acht de minister 'in het algemeen te rigoreus',⁴⁴ ook waar het ad informandum gevoegde feiten betreft.⁴⁵

2.4 De uitbreiding van en rondom de ontnemingsmaatregel

72. Betrekkelijk snel na de invoering van de Wet vermogenssancties ontstaat er opnieuw discussie over de vraag of het Nederlandse strafrecht voldoende mogelijkheden biedt tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De aanleiding voor deze discussie ligt in de, in hoofdstuk 2 besproken, internationale ontwikkelingen die op dat moment gaande zijn.⁴⁶ De aandacht die er internationaal bestaat voor het ontnemen van misdadgeld, heeft tot gevolg dat op nationaal niveau de bestaande mogelijkheden tot ontneming, als ook de mogelijkheden tot internationale samenwerking op dat terrein, kritisch worden bezien.

73. In 1986 verschijnt het rapport van de *Werkgroep Financiële facetten van ernstige vormen van criminaliteit*, ingesteld door de Recherche Advies Commissie (RAC).⁴⁷ De opdracht voor de RAC-werkgroep is tweeledig. Ten eerste dienen de bestaande mogelijkheden tot het aantasten van illegaal verworven vermogens te worden geïnventariseerd en beschreven waarbij met name de knelpunten moeten worden aangewezen. Ten tweede worden er aanbevelingen verlangd ter verbetering

43 Vgl. Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nr. 3, p. 58.

44 Memorie van Antwoord, TK 1981-1982, 15 012, nr. 5, p. 18.

45 Memorie van Antwoord, TK 1981-1982, 15 012, nr. 5, p. 33-34.

46 Zie RAC-rapport 1986, p. 65, Eindrapport-Schutte 1988, p. 25, 60-62, en Memorie van Toelichting, p. 64-65.

47 Werkgroep ingesteld op 15 maart 1985. Voorzitter van de werkgroep was A.N.A. Josephus Jitta, hoofdofficier van justitie te Alkmaar. De populaire benaming voor de werkgroep is de werkgroep-plukze. Zie voor een toelichting op het RAC-rapport van de hand van de voorzitter: Josephus Jitta 1990.

van de reeds bestaande mogelijkheden tot ontneming en/of ter verbetering van de daarop betrekking hebbende wetgeving.⁴⁸ De achtergrond voor het instellen van de RAC-werkgroep is de constatering van de RAC dat de mate van voordeelsontneming in de praktijk onvoldoende is. Dit wordt als onbevredigend ervaren en daarnaast doet deze ondercapaciteit aan voordeelsontneming afbreuk aan de generaal- en speciaal-preventieve werking die aan voordeelsontneming verbonden is. Daarmee geeft de RAC meteen aan wat in haar visie de noodzaak is voor het bestaan van wettelijke mogelijkheden tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Enerzijds dient publiekelijk zichtbaar te worden gemaakt dat delinquenten geen voordeel behalen uit hun strafwaardige gedrag, anderzijds kan voorkomen worden dat illegaal verkregen winsten worden aangewend voor verdere misdadige activiteiten.⁴⁹ De RAC-werkgroep gaat niet nader in op de noodzaak van de voordeelsontneming. In haar rapport besteedt zij alleen nog aandacht aan de inventarisatie van de bestaande knelpunten en presenteert zij voorstellen die een uitbreiding van de mogelijkheden tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel inhouden.

74. Als belangrijkste oorzaak voor de bestaande (maar niet empirisch vastgestelde) onvrede over het 'gebrek' aan voordeelsontneming constateert de RAC-werkgroep dat de strafrechtelijke praktijk te weinig is ingesteld op de financiële zijde van de misdaad. Enerzijds is de aandacht traditioneel gericht op de dader als persoon, anderzijds beschikken politie en justitie over te weinig praktische kennis en ervaring op het financiële terrein.⁵⁰ Er valt in de visie van de RAC-werkgroep dan ook veel winst te boeken door de strafvorderlijke mogelijkheden uit te breiden. Voorstellen die de RAC-werkgroep in dit verband doet, zijn het invoeren van een afzonderlijk financieel opsporingsonderzoek⁵¹ (het zogenaamde GFO), een afzonderlijke procedure voor en rechterlijke beslissing over de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel,⁵² een langere duur van de vervangende hechtenis⁵³ en een strafvorderlijk verhaalsbeslag.⁵⁴

Naast deze strafvorderlijke verbeteringen besteedt de RAC-werkgroep ook aandacht aan de ontnemingsmaatregel. In het rapport wordt melding gemaakt van een enquête die gehouden is onder leden van het Openbaar Ministerie. In de resultaten van de enquête komt allereerst naar voren dat in slechts de helft van

48 RAC-rapport 1986, p. 1-2.

49 RAC-rapport 1986, p. 1.

50 RAC-rapport 1986, p. 6-21, 57-62. De RAC-werkgroep wijst hier als één van de eerste op het belang van een 'financiële recherche'. Zie over het financieel rechercheren uitgebreid Pheijffer e.a. 1997, en Kolthoff & Speijers 1997.

51 RAC-rapport 1986, p. 28, 45-57, alsmede bijlage 2.

52 RAC-rapport 1986, p. 32-34, alsmede bijlage 1, p. 3-4.

53 RAC-rapport 1986, p. 34-36, alsmede bijlage 1, p. 1.

54 RAC-rapport 1986, p. 41-42, alsmede bijlage 1, p. 3.

de arrondissementen gebruik wordt gemaakt van de ontnemingsmaatregel. In de overige arrondissementen is de maatregel vrijwel onbekend. Daarnaast wordt het bewijs dat het voordeel voort is gekomen uit het bewezen verklaarde feit, evenals de schatting van het verkregen voordeel, veelal als lastig ervaren. Er bestaat voorts de indruk dat de strafrechter in het algemeen moeite heeft met de combinatie van een ontnemingsmaatregel en een vrijheidsstraf.⁵⁵ Teneinde tegemoet te komen aan de geconstateerde bewijsproblemen stelt de RAC-werkgroep voor om ook voordeelsontneming mogelijk te maken voor 'soortgelijke feiten'.⁵⁶

75. De RAC-werkgroep stelt niet alleen een aantal wijzigingen voor, maar bespreekt daarnaast ook de mogelijkheid om tot een omkering van de bewijslast te komen. Deze omkering zou inhouden dat een kennelijk illegaal verworven vermogen kan worden ontnomen, tenzij de betrokkene aannemelijk maakt dat hij het op legale wijze heeft vergaard. De RAC-werkgroep komt tot het oordeel dat een dergelijke omkering niet wenselijk is:

Zelfs in het geval van georganiseerde misdaad acht zij [de RAC-werkgroep; MJB] zo'n regeling een te grote inbreuk op het rechtsstatelijk karakter van de Nederlandse samenleving. Het strafvorderlijk beginsel, dat als de Staat enige sanctie van strafrechtelijke aard tegen een burger nodig acht, hij ook de daaraan verbonden bewijslast heeft te dragen, weegt ook voor de werkgroep zwaar.⁵⁷

Niettemin stelt de RAC-werkgroep wel voor om de mogelijkheid te creëren om onder omstandigheden de betrokkene als getuige (geen zwijgrecht!) te horen in zijn eigen ontnemingszaak.⁵⁸ De principiële afwijzing van de omkering van de bewijslast wordt hierdoor aanmerkelijk gerelativeerd. De mogelijkheid om tot een omkering van de bewijslast te komen zal overigens, zoals nader zal blijken, een *hot issue* blijven en uiteindelijk zijn vorm vinden in 'een redelijke verdeling van de bewijslast' (zie nader hoofdstuk 7).

76. Het RAC-rapport is in de literatuur zonder meer kritisch ontvangen.⁵⁹ Met name het ingrijpende karakter van het GFO wordt negatief beoordeeld. Sommige auteurs achten het GFO zodanig inquisitoir van aard, dat in hun visie een omkering van de bewijslast wellicht nog wenselijker zou zijn.⁶⁰ Verder worden onder meer de

55 RAC-rapport 1986, p. 26.

56 RAC-rapport 1986, p. 34, alsmede bijlage 1, p. 2. Met betrekking tot de verbeurdverklaring doet de RAC-werkgroep een soortgelijk voorstel. Zie RAC-rapport 1986, p. 32.

57 RAC-rapport 1986, p. 44.

58 RAC-rapport 1986, p. 57.

59 Heimans 1987, Wattel 1987a, Wladimiroff 1987, Wemes 1988, en Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 28-34. Zie over het RAC-rapport ook Keijser-Ringnald 1994, p. 89-91.

60 Zie met name Wladimiroff 1987, p. 1120, en voorts Wattel 1987a, p. 695.

onevenwichtige afwegingen tussen de belangen van overheid en samenleving enerzijds en van de verdachte anderzijds, de incomplete wijze van onderzoek (de fiscale aspecten zijn nauwelijks behandeld in het RAC-rapport) en de gebrekkige empirische basis van het rapport gehekelde. De voorgestelde uitbreiding van de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel komt in de kritieken echter nauwelijks naar voren.

Ondanks deze kritiek vormt het RAC-rapport een belangrijk keerpunt in de strafrechtelijke benadering van wederrechtelijk verkregen voordeel. Niet alleen de tekst en de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel zijn van belang, maar juist een integrale strafrechtelijke, strafvorderlijke en beleidsmatige benadering komt op de voorgrond te staan. De toon voor de ingrijpende en vernieuwende wijzigingen van de ontnemingswetgeving is daarmee (bewust)⁶¹ gezet.⁶²

77. Twee jaar na het verschijnen van het RAC-rapport, in 1988, presenteert de *Werkgroep legislatieve projecten vermogenssancties* (hierna: de werkgroep) haar eindrapport.⁶³ Dit eindrapport is geschreven in de vorm van een ontwerp-Memorie van Toelichting voor het wetsontwerp van de latere ontnemingswetgeving. De wetgever heeft dankbaar gebruik gemaakt van deze ontwerp-Memorie van Toelichting, aangezien het latere wetsvoorstel (21 504) op een groot aantal onderdelen de voorstellen van de werkgroep volgt. Dat geldt ook voor de motivering van de voorgestelde wijzigingen:

Niettemin blijkt het bestaande strafrechtelijke en strafvorderlijke instrumentarium onvoldoende mogelijkheden te bieden om de hand te leggen op grote crimineel verworven vermogenswinsten. De laatste jaren is (...) de behoefte om slagvaardiger te kunnen optreden tegen bepaalde, dikwijls zeer complexe en geraffineerde, vormen van uiterst lucratieve criminaliteit toegenomen. Te denken valt aan diverse vormen van dikwijls georganiseerde criminaliteit (...). De met deze vormen van criminaliteit gemoeide financiële opbrengsten kunnen zo omvangrijk zijn dat de geldstraffen, waarmee de strafbare feiten zijn bedreigd, daarbij in het niet vallen. (...) En naar de mate waarin de politie en justitie minder mogelijkheden hebben om deze vormen van criminaliteit effectief te bestrijden door een aanpak gericht op de ontneming van financieel

61 Vgl. Josephus Jitta 1990, p. 23.

62 Een opmaat is reeds te vinden in het beleidsplan Samenleving en criminaliteit: 'Het kabinet is van mening dat alle bestaande mogelijkheden om zware criminelen in hun door criminele activiteiten verkregen vermogen te treffen, optimaal dienen te worden gebruikt. Het hecht daarom groot belang aan de te verwachten adviezen van de onlangs in verband met dit onderwerp ingestelde werkgroep van de Recherche Advies Commissie.' Zie TK 1984-1985, 18 995, nr. 1-2, p. 48.

63 Voorzitter van deze werkgroep was J.J.E. Schutte, raadsadviseur bij het Ministerie van Justitie. De werkgroep staat ook bekend als de werkgroep schudze, een enigszins denigrerende variant op de achternaam van de voorzitter van de werkgroep.

gewin, zal het verschijnsel in omvang toenemen en uiteindelijk het algemeen maatschappelijk normbesef infecteren.⁶⁴

Het valt op dat de werkgroep, en later ook de minister, geen enkele moeite doet om het gebleken gebrek aan slagvaardigheid van het bestaande instrumentarium met empirische gegevens te staven.⁶⁵

Ten aanzien van het materiële ontnemingsrecht (art. 36e Sr) is het meest opvallende voorstel van de werkgroep om in geval van een veroordeling wegens ernstige misdrijven (feiten van de vijfde geldboetecategorie) voordeelsontneming mogelijk te maken '(...) indien op grond van een strafrechtelijk financieel onderzoek aannemelijk is dat de veroordeelde op enigerlei wijze wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.'⁶⁶ De wijze van verkrijging is daarbij irrelevant. Ook voordeel verkregen uit feiten die door anderen zijn begaan, komt voor ontneming in aanmerking.⁶⁷

78. De hoofdlijnen van de voorstellen van de werkgroep bestaan uit: *i.* uitbouw van de ontnemingsmaatregel, *ii.* invoering van conservatoir verhaalsbeslag, *iii.* invoering van een strafrechtelijk financieel onderzoek (een variant van het gerechtelijk financieel onderzoek van de RAC-werkgroep), *iv.* een afzonderlijke procedure voor de voordeelsontneming, *v.* uitbreiding van het beslag- en executierecht, daaronder begrepen een vervangende hechtenis van langere duur, en *vi.* aanscherping van de procespositie van betrokken derden.⁶⁸ Naast deze vernieuwingen stelt de werkgroep ook een beperking voor: de mogelijkheid van verbeurdverklaring van voorwerpen verkregen 'uit de baten' van een strafbaar feit wordt geschrapt. Deze mogelijkheid overlapt te zeer met het toepassingsbereik van de ontnemingsmaatregel.⁶⁹ De mogelijkheid voorwerpen verbeurd te verklaren die 'geheel of grotendeels' verkregen zijn 'door middel van het strafbare feit' blijft intact. Een kleine overlapping blijft zodoende bestaan, maar voor de ontneming van misdadgeld krijgt de ontnemingsmaatregel de prominente positie.

Evenals de RAC-werkgroep wil de werkgroep voordeelsontneming ook mogelijk maken in geval de strafzaak eindigt in vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning waarbij 'niettemin' is vastgesteld dat het strafbare feit is begaan.⁷⁰ Deze – bekritiseerde⁷¹ – mogelijkheid wordt door de minister niet overgenomen.

64 Eindrapport-Schutte 1988, p. 24, en Memorie van Toelichting, p. 4.

65 Ook het beeld van de zware en georganiseerde criminaliteit ontbeert een deugdelijke empirische basis. Zie daarover onder andere Keijser-Ringnalda 1994, p. 374-375, en Nelen 2000, p. 44-49.

66 Eindrapport-Schutte 1988, p. 5.

67 Eindrapport-Schutte 1988, p. 29-30.

68 Eindrapport-Schutte 1988, p. 25-26.

69 Eindrapport-Schutte 1988, p. 33.

70 Eindrapport-Schutte 1988, p. 5. Vgl. over dit voorstel nader nr. 119-120.

71 Zie bijvoorbeeld Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 91-94.

79. Het eindrapport van de werkgroep is door een groep Tilburgse wetenschappers uitgebreid becommentarieerd en bekritiseerd.⁷² Hun meest fundamentele kritiek richt zich daarbij op het feit dat de werkgroep zich laat leiden door een instrumentele, economische visie op de (mogelijke) werking van het strafrecht zonder zich nader te bezinnen op enige rechtsbeschermende elementen die het recht behoort te bieden.⁷³ Daar komt bij dat in de economische benadering van de werkgroep overwegingen ten aanzien van eventuele negatieve gevolgen van de voorgestelde regeling ontbreken. Men kan zich immers indenken dat een toename van de voordeelsontneming kan leiden tot bijvoorbeeld hogere drugs prijzen en creatieve(re) witwasprocessen met alle gevolgen van dien.⁷⁴

Door dezelfde groep wetenschappers wordt voorts gesuggereerd dat de werkgroep het principe van 'overvragen en binnenhalen' hanteert.⁷⁵ De meest ingrijpende voorstellen van de RAC-werkgroep worden niet overgenomen, maar door de achterdeur worden andere vergaande bevoegdheden in de voorstellen opgenomen. Juist door het loslaten van die voorstellen van de RAC-werkgroep lijken de eigen voorstellen acceptabeler.⁷⁶ Men zou dit kunnen aanduiden als het tactisch hanteren van 'wisselgeld'.⁷⁷ Deze methode lijkt politiek succesvol te zijn geweest.⁷⁸

80. In 1990 wordt bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel voor de nieuwe ontnemingswetgeving aanhangig gemaakt. Drie jaar later haalt het wetsvoorstel zonder aanmerkelijke kleerscheuren de eindstreep.⁷⁹ Hiermee verdwijnt ook de discrepantie in reikwijdte van de ontnemingsmaatregel in het economische strafrecht en het commune strafrecht. Voor het economische strafrecht geldt thans dezelfde ontnemingsmaatregel als in het commune strafrecht (art. 8 sub a WED). De fiscale delicten worden door de wetgever uitgezonderd. Het voordeel dat langs die weg wordt behaald, moet met behulp van het fiscale instrumentarium worden ontnomen.⁸⁰

72 Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989. Zie voorts De Doelder 1989.

73 Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 52-56.

74 Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 57, 204. Zie ook Wattel 1987a, p. 692-693, en Groenhuijsen 1997, p. 15.

75 Vgl. ook nr. 78 *in fine*.

76 Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 57-59.

77 Vgl. Wattel 1987a, p. 694-695, die het door de RAC-werkgroep verwerpen van een bewijslastomkering beschouwt als wisselgeld om te kunnen komen tot een ingrijpend gerechtelijk financieel onderzoek.

78 Zie daarover Keijser-Ringnalda 1994, p. 92-93.

79 Alleen de D66-fractie keert zich (zowel in de Tweede als in de Eerste Kamer) tegen het wetsvoorstel. Zie Handelingen TK 18 juni 1992, p. 5990, en Handelingen EK 8 december 1992, p. 354.

80 Zie Memorie van Toelichting, p. 49.

81. Na de invoering van de ontnemingswetgeving heeft er zich nog een andere legislatieve ontwikkeling voorgedaan die het vermelden waard is. Eén jaar na de inwerkingtreding van de ontnemingswetgeving is het wetsvoorstel 'Regelen inzake de confiscatie van met criminaliteit in verband staand vermogen (Wet confiscatie crimineel vermogen)' bij de Tweede Kamer ingediend.⁸¹ Dit wetsvoorstel voorziet in twee aanvullingen van de ontnemingswetgeving. Allereerst de mogelijkheid van confiscatie van onbeheerd vermogen, afkomstig uit strafbare feiten, en ten tweede de mogelijkheid van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel in het geval de verdachte is overleden en diens nageslacht ontneming langs de weg van art. 36e Sr niet meer mogelijk is.⁸² Blijkens de Memorie van Toelichting zijn deze aanvullingen nodig omdat het bestaande instrumentarium (weer) tekortschiet. Evenals in de toelichting op de ontnemingswetgeving verwijst de minister wederom naar het winstbejag van de vele vormen van ernstige en georganiseerde criminaliteit, de maatschappelijke onaanvaardbaarheid van misdadige verrijking en de mogelijk corrumperende werking die verbonden is aan het voorhanden hebben van (grote hoeveelheden) misdaadgeld.⁸³ Kritiek van de Tweede Kamer,⁸⁴ onder andere ten aanzien van de aanzienlijke verlichting van de bewijslast, en het aantreden van een nieuwe minister – mevrouw Sorgdrager volgt de heer Hirsch Ballin op – leiden ertoe dat het wetsvoorstel wordt ingetrokken.⁸⁵

2.5 De rode draad

82. In hoofdstuk 2 zijn vanuit het perspectief van verschillende internationale initiatieven twee mogelijke grondslagen voor de ontneming van misdaadgeld aan de orde geweest: de preventiegedachte en de *corrective justice*-benadering. Kijkt men vanuit dit perspectief naar de historische ontwikkeling van de ontnemingsmaatregel in Nederland, dan valt op dat de preventiegedachte de boventoon voert. Op zichzelf wekt dit weinig verbazing. De opkomst van de ontnemingsmaatregel hangt immers nauw samen met enerzijds de bestrijding van economische criminaliteit en anderzijds de wens de georganiseerde misdaad slagvaardig aan te pakken. De rechtvaardigheid van het ontnemen van misdaadgeld krijgt veel minder aandacht, hoewel deze pijler meer valide is als grondslag van de ontnemingsmaatregel dan de preventiegedachte. Alleen in het eindrapport van de Commissie Vermogensstraf-

81 TK 1993-1994, 23 704, nr. 1 en 2. Zie over dit wetsvoorstel ook Broekhuijsen & Schmohl 1995, en Mul 1995.

82 Ik geef deze twee voorzieningen hier vereenvoudigd weer. Zie nader Memorie van Toelichting, TK 1993-1994, nr. 3, p. 7-9, 16-22.

83 Memorie van Toelichting, TK 1993-1994, nr. 3 p. 1-2.

84 Zie Verslag, TK 1994-1995, 23 704, nr. 4.

85 Brief houdende intrekking van het wetsvoorstel, TK 1994-1995, 23 704, nr. 5.

fen komt, in verband met de aandacht voor conflictoplossing als sanctiedoel, het vereffenen van een onrechtvaardige situatie nadrukkelijk naar voren.

3 De opkomst van het *Verfall* in Duitsland

3.1 Inleiding

83. In Duitsland hangt de opkomst van een aantal ontnemingssancties, evenals in Nederland, samen met de bestrijding van economische criminaliteit en de georganiseerde misdaad. Hierbij hebben dezelfde internationale initiatieven hun invloed uitgeoefend. De opkomst van de ontnemingssancties in het Duitse recht vertoont dan ook gelijkenis met de opkomst van de ontnemingsmaatregel in Nederland. Aan de hand van dezelfde stadia die ik voor het Nederlandse recht heb onderscheiden, schets ik de ontwikkelingen in het Duitse recht.⁸⁶ Deze schets beperkt zich tot de legislatieve gebeurtenissen in de twintigste eeuw.⁸⁷

3.2 De opkomst in het economische (bestuurs)strafrecht

84. Afgezien van enkele bepalingen in bijzondere strafwetten uit het eind van de negentiende eeuw en het begin van de twintigste eeuw, waarin het *Verfall von Tatvorteilen* wordt toegestaan,⁸⁸ vindt de ontnemingssanctie zijn wortels in de crisistijd rond de Eerste Wereldoorlog. De crisis heeft tot gevolg dat de overheid de prijzen tracht te reguleren teneinde woeker- en zwarte handel zoveel mogelijk te voorkomen en te bestrijden. Deze regelgeving, in het bijzonder de *Preistreiberverordnung* uit 1918, voorziet ook in de mogelijkheid van *Gewinnentziehung* teneinde te hoge winstmarges te ontnemen.⁸⁹ Na de Eerste Wereldoorlog blijven de voorschriften met betrekking tot de *Gewinnentziehung* van kracht met het oog op de bestrijding van de hoge inflatie.

In de daarop volgende periode van het nationaal-socialisme houdt de prijsbeheersing van overheidswege een functie binnen de planeconomie. De meeropbrengst die wordt behaald door het niet in acht nemen van de prijsvoorschriften, kan worden ontnomen door middel van de *Mehrerlösabführung*, opgenomen

86 Omdat verschillende aspecten van de diverse sancties nog nader in dit boek aan bod komen, volsta ik in deze paragraaf met beperkte literatuurverwijzingen.

87 Zie voor een kort overzicht van het relevante achttiende en negentiende eeuwse Duitse recht: Güntert 1983, p. 2-3, Hildenstab 1990, p. 27-28, en Husberg 1999, p. 19-21. Een Nederlandstalige beschrijving van het thans geldende Duitse recht met betrekking tot ontnemingssancties is te vinden bij Roef 1998a, Roef 1998b, en Faure 1998b.

88 Zie nader Güntert 1983, p. 4.

89 Zie Eser 1969, p. 34, Güntert 1983, p. 5, en Drathjer 1997, p. 16.

in de *Preisstrafrechtsverordnung*.⁹⁰ Na de Tweede Wereldoorlog komt de *Mehrerlösabführung* terecht in het, thans nog steeds geldende, *Wirtschaftsstrafrechtsgesetz* en blijft daarbij betrekking hebben op het overtreden van prijsvoorschriften.⁹¹

85. Naast de prijsvoorschriften is de invoering van het *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG) in 1952 van belang. Deze wet voorziet in de afdoening van overtredingen van ordeningsvoorschriften. Het gaat hier niet om strafbare feiten in de zin van ethisch ontoelaatbare gedragingen die telkens bestraffing vereisen, maar de handhaving van de ordeningsvoorschriften is wel van dermate groot belang dat de handhaving geschiedt van overheidswege en met behulp van (onder meer) een geldboete (*Geldbuße*).⁹² De *Ordnungswidrigkeiten* hebben met name betrekking op economische misdragingen, maar ook verkeersovertredingen vallen er onder. In zoverre is het OWiG enigszins te vergelijken met de Nederlandse wet-Mulder (Wahv). De *Ordnungswidrigkeiten* zijn ten dele opgenomen in het OWiG en ten dele in de bijzondere wetgeving.

De afdoening van *Ordnungswidrigkeiten* bestaat, zoals gezegd, hoofdzakelijk uit de oplegging van een *Geldbuße*. Aanvankelijk is bepaald dat de *Geldbuße* ten minste het bedrag van de beloning die de dader voor het begaan van de *Ordnungswidrigkeit* heeft ontvangen (het *Entgelt*), en/of het *Gewinn* dat daardoor is ontstaan, moet overtreffen (§ 6 OWiG 1952). Na herziening van het OWiG in 1968 bepaalt § 13 Abs. 4 – in 1975 hernummerd naar § 17 Abs. 4 – dat de *Geldbuße* het bedrag van het *wirtschaftlicher Vorteil* moet overstijgen, waardoor ook voordelen als het verbeteren van de marktpositie binnen het bereik van de *Geldbuße* komen.⁹³ In feite is de *Geldbuße* een samenstel van twee sancties: een traditionele geldboete en een ontnemingsmaatregel.⁹⁴

Bij de herziening van het OWiG in 1968 voorziet de wetgever in de mogelijkheid van een *Verbandsgeldbuße* (§ 26 OWiG; sinds 1986 § 30 OWiG). Deze sanctie kan aan een rechtspersoon worden opgelegd indien een bepaalde functionaris van die rechtspersoon een *Ordnungswidrigkeit* of een *Straftat* (een overtreding van een strafbaarstelling in het StGB) begaat, en deze overtreding

90 Zie Eser 1969, p. 34, Güntert 1983, p. 6, en Drathjer 1997, p. 17. De *Mehrerlösabführung* en de *Gewinnentziehung* zijn qua strekking vrijwel gelijk aan elkaar.

91 Zie § 8 WiStG 1954, en voorts Eser 1969, p. 34-35, Güntert 1983, p. 6-7, en Drathjer 1997, p. 17-20. In 1980 is in het Duitse kartelrecht een bijzondere bestuurlijke variant van de *Mehrerlösabführung* ingevoerd. Zie § 37b GWB (sinds 1999 § 34 GWB), en daarover Veltins & Veltins 1981.

92 Zie over de aard van de *Ordnungswidrigkeit* en het OWiG onder andere KK OWiG-Bohnert 1989, Einleitung, Rn. 50-111, Drathjer 1997, p. 26-29, en Göhler 1998, Einleitung, Rn. 1, Vor § 1, Rn. 2-8.

93 Zie KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 118, en Drathjer 1997, p. 3-4.

94 Zie Schroth 1986, p. 159. Ik wijs in dit verband ook nog op de *Geldbuße* die bij overtreding van de mededingingsvoorschriften kan worden opgelegd. Deze mag een hoogte hebben van driemaal de behaalde *Mehrerlös* (sinds 1999: § 81 Abs. 2 GWB; daarvoor § 38 Abs. 4 GWB).

tot gevolg heeft dat de rechtspersoon bepaalde plichten niet nakomt en zich daardoor heeft verrijkt.⁹⁵ Evenals de *Geldbuße* moet deze *Verbandsgeldbuße* het bedrag van het *wirtschaftlicher Vorteil* overschrijden (§ 26 Abs. 3 OWiG; sinds 1986 § 30 Abs. 3 OWiG).

3.3 De opkomst in het commune strafrecht

86. In 1975 neemt de wetgever een algemene, afzonderlijke ontnemingssanctie – het *Verfall* (§73-73d) – op in het *Strafgesetzbuch* (StGB):

Ist ein rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr einen Vermögensvorteil erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. (§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB)

Tot die tijd was bepaald dat de hoogte van de geldboete het bedrag van het *Entgelt* en het *Gewinn* moest overstijgen. De noodzaak voor een afzonderlijke ontnemings-sanctie ontbrak daardoor, al bestond in een enkel geval wel een (bijzondere) mogelijkheid van *Verfall*.⁹⁶ Dit systeem is niet langer hanteerbaar wanneer in 1975 het dagboetesysteem wordt ingevoerd. De hoogte van de geldboete wordt vanaf dat moment (alleen) bepaald door de schuld en het inkomen van de dader.⁹⁷ Een algemene mogelijkheid van het *Verfall* van *Vermögensvorteile* moet voorkomen dat de dader (of een derde) in het bezit blijft van het wederrechtelijk verkregene.⁹⁸

De reden voor deze wijziging is aanvankelijk dat het wederrechtelijk verkregene als stimulans kan werken om meer misdaadgeld te verwerven. Later in het wetgevingsproces klinkt ook een *corrective justice* benadering door, althans dat zou men kunnen afleiden uit het laten vallen van het schuldvereiste bij het *Verfall*. De wetgever kiest er uitdrukkelijk voor om – in afwijking van het voorontwerp van het StGB uit 1962 – het *Verfall* ook toe te staan met betrekking tot een *rechtswidrige Tat*, het begaan van een strafbaar feit zonder dat (noodzakelijkerwijs) de schuld van de dader hoeft vast te staan.⁹⁹ De reden die voor deze keuze wordt aangevoerd, is dat er geen gegrond verschil bestaat tussen het verkrijgen van wederrechtelijk voordeel terwijl de dader een verwijt treft, en het verkrijgen

95 Zie nader KK OWiG-Cramer 1989, § 30, Rn. 89-117, en Göhler 1998, § 30, Rn. 8-27b. De mogelijkheid om de *Verbandsgeldbuße* ook op te leggen wegens het begaan van een *Straftat*, is het gevolg van het ontbreken van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor rechtspersonen in het Duitse recht.

96 Zie Güntert 1983, p. 4, en Hildenstab 1990, p. 30-31. Gedurende de twingste eeuw is op het Duitstalige grondgebied regelmatig voorgesteld een afzonderlijke ontnemingssanctie in te voeren. Zie Güntert 1983, p. 7-10.

97 § 41 StGB biedt daarbij wel de mogelijkheid om een geldboete en een vrijheidsstraf te combineren indien '(...) der Täter sich durch die Tat bereichert oder zu bereichern versucht [hat] (...)'.⁹⁸

98 Zie Güntert 1983, p. 14.

99 Zie § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, daarover Schönte/Schröder-Eser 1997, § 11, Rn. 42.

van dat voordeel terwijl elk verwijt ontbreekt.¹⁰⁰ Dat het ontnemen van dat voordeel in beide gevallen geboden is, vloeit voort uit de rechtvaardigheidsgedachte dat misdaad niet, of beter gezegd, *niemand* mag lonen.¹⁰¹

87. Het *Verfall* richt zich op het object dat de dader 'für die Tat oder aus ihr (...) erlangt', het direct verkregene. Daarnaast strekt het *Verfall* zich uit tot '(...) die Gegenstände (...), die der Täter oder die Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat (...) ' (§ 73 Abs. 2 S. 2 StGB), kort gezegd: al hetgeen indirect uit het strafbare feit is verkregen. § 73a StGB biedt een vangnet indien het *Verfall* van het (direct of indirect) verkregene niet mogelijk is.¹⁰² Het *Verfall* omvat in dat geval een geldbedrag ter hoogte van de waarde van het verkregene.¹⁰³ De objectconfiscatie maakt dan plaats voor waardeconfiscatie.

Het *Verfall* kent één belangrijke beperking. § 73 Abs.1 S. 2 StGB bepaalt dat het *Verfall* niet wordt opgelegd,

soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung den aus der Tat erlangten Vermögensvorteil beseitigen oder mindern würde.

Dit voorschrift berust op het uitgangspunt dat de aanspraak van de benadeelde voorrang verdient boven het ontnemen van het wederrechtelijk verkregene door de staat. Daarmee wordt tevens voorkomen dat de dader twee maal zijn voordeel zou moeten afdragen. Om proceseconomische redenen is ervoor gekozen de mogelijkheid van *Verfall* af te laten hangen van het bestaan van enige aanspraak door een benadeelde. Het is niet vereist dat deze aanspraak ook daadwerkelijk geldend wordt gemaakt. De beperking brengt met zich mee dat het *Verfall* alleen in aanmerking komt bij slachtofferloze delicten (bijvoorbeeld: de verkoop van drugs).¹⁰⁴

100 Zie LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 2-3.

101 In dit verband wijs ik nog op de *Vertreterklausel* van § 73 Abs. 3 StGB (zie ook § 10 Abs. 2 WiStG en § 29a Abs. 2 OWiG). Op grond hiervan kan ontneming onder een derde plaatsvinden indien het handelen van de betrokkene ten behoeve van die derde geschiedt. Een uitgebreide beschrijving van deze bepaling, met literatuurverwijzingen, treft men aan in BGH 19 oktober 1999, NJW 2000, 297-300. De *Vertreterklausel* speelt met name een rol bij delicten die binnen rechtspersoon worden begaan of om handelingen die het verhaal (kunnen) frustreren. Voor het Nederlandse recht is deze bepaling minder van belang, omdat hier ten lande, anders dan in Duitsland, rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn, en daarnaast het frustreren van het verhaal zoveel mogelijk wordt tegengegaan door middel van verhaalsbevoegdheden (zoals art. 94d Sv).

102 De rechter kan § 73a StGB ook toepassen indien het *Verfall* van het indirect verkregene theoretisch nog wel mogelijk is, maar praktisch niet of moeilijk haalbaar is. Zie LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 37, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 32, § 73a, Rn. 7.

103 Het vaststellen van de waarde kan door middel van een schatting plaatsvinden (§ 73b StGB).

104 Zie LK-Schäfer 1985, Rn. 25, en nader nr. 455.

3.4 De uitbreiding van het *Verfall*

88. In 1986 wordt, als onderdeel van het *zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*,¹⁰⁵ het OWiG uitgebreid met een afzonderlijke *Verfall*-bepaling. Op grond van § 29a Abs. 1 OWiG is met betrekking tot een *Ordnungswidrigkeit* het opleggen van het '(...) *Verfall* eines Geldbetrages bis zu der Höhe (...) die dem erlangten Vermögensvorteil entspricht', mogelijk. Deze mogelijkheid is beperkt tot de gevallen waarin voor de overtreding geen *Geldbuße* wordt opgelegd, ongeacht de oorzaak daarvan.¹⁰⁶ Men kan denken aan de situatie waarin er om redenen van opportuniteit geen *Geldbuße* wordt gevorderd (vgl. § 47 OWiG).

De invoering van § 29a OWiG is niet ingegeven door principiële redenen, maar door enkele tekortkomingen van de *Geldbuße* als ontnemingssanctie. De oplegging van de *Geldbuße* is allereerst alleen mogelijk voor zover de dader verwijtbaar heeft gehandeld. Daarnaast is de *Geldbuße* gericht tegen de dader en niet tegen eventuele anderen die voordeel hebben genoten van de overtreding.¹⁰⁷ Deze tekortkomingen worden opgelost door de – naar gelijkenis van § 73 StGB geredigeerde – *Verfall*-bepaling van § 29a OWiG. Het gaat hier om een vangnetbepaling. In alle gevallen waarin de verkregen opbrengst door middel van de *Geldbuße* kan worden ontnomen, is voor het *Verfall* geen plaats.¹⁰⁸

Twee aspecten van § 29a OWiG springen in vergelijking met § 73 StGB in het oog. Allereerst, het *Verfall* richt zich op 'eines Geldbetrages bis zu der Höhe (...) die dem erlangten Vermögensvorteil entspricht'. De keuze het *Verfall* direct in de vorm van een geldbedrag te gieten, vereenvoudigt het systeem van § 73 StGB waarbij primair objectconfiscatie plaatsvindt, maar subsidiair waardeconfiscatie.¹⁰⁹ Ten tweede, de vordering van de benadeelde wordt in § 29a OWiG niet genoemd. Dit betekent echter niet dat deze geen rol speelt. Indien er een vordering van een benadeelde bestaat die het verkregen voordeel (ten dele) teniet doet gaan, moet het vorderen van het *Verfall* (ten dele) achterwege worden gelaten.¹¹⁰ Daarnaast voorziet de wetgever bij de invoering van § 29a OWiG in de mogelijkheid de executie van deze sanctie achterwege te laten in verband met de vordering van een benadeelde (§ 99 Abs. 2 OWiG).¹¹¹

105 Zie over de achtergronden en de hoofdlijnen van deze wetswijzigingen Möhrenschräger 1986 en – specifiek met betrekking tot de wijzigingen in het OWiG – Schroth 1986.

106 De oplegging van het *Verfall* geschiedt in dat geval in een afzonderlijke procedure (§ 29a Abs. 4 OWiG).

107 Zie noot 101.

108 Zie Schroth 1986, p. 159-161, KK OWiG-Wilts 1989, § 29a, Rn. 1, Drathjer 1997, p. 13-14, en Göhler 1998, Vor § 29a, Rn. 1, § 29a, Rn. 1.

109 Vgl. Schroth 1986, p. 160.

110 Het OWiG kent, anders dan het StGB, expliciet een opportuniteitsbeginsel (§ 47 OWiG).

111 Schroth 1986, p. 160, en KK OWiG-Wilts 1989, § 29a, Rn. 30-33. Zie ook nr. 455.

89. In 1992 ondervindt de regeling van het *Verfall* – in het OWiG, maar vooral in het StGB – twee belangrijke wijzigingen. De eerste wijziging is onderdeel van het *Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze*. Deze wet beoogt, als reactie op de illegale export van met name wapens aan landen als Libië en Irak, de exportbepalingen aan te scherpen.¹¹² Hiertoe worden allereerst de toezicht- en opsporingsmogelijkheden uitgebreid en de relevante strafbepalingen aangescherpt. Daarnaast wordt ook geconstateerd dat bij de vervolging van overtredingen van de exportvoorschriften er nauwelijks ontneming van de verkregen winsten plaatsvindt.¹¹³ Eén van de belangrijkste knelpunten van het *Verfall* is, aldus de wetgever, de verplichte aftrek van kosten. De rechtspraak en de dogmatiek hebben steeds uit de term 'Vermögensvorteil' (in § 73 StGB en § 29a OWiG) afgeleid dat het *Verfall* berust op het *Nettoprinzip*, dat wil zeggen: alleen hetgeen de dader daadwerkelijk verdient met het feit, mag worden ontnomen. Kosten die verbonden zijn aan het feit, komen derhalve in mindering op de (bruto-)opbrengsten.¹¹⁴ Gevolg hiervan is dat deze kosten in rechte vast moeten komen te staan. De rechter moet de vaststelling van de kosten motiveren en de daaraan ten grondslag liggende bewijsmiddelen noemen. Zonder de vaststelling van de kosten zou, zo veronderstelt de wetgever, de oplegging het *Verfall* minder problematisch zijn.¹¹⁵

De omschakeling van de *Nettogewinnabschöpfung* naar de *Bruttogewinnabschöpfung* houdt concreet in dat 'Vermögensvorteil' wordt veranderd in 'etwas', zowel in § 73 en 73b StGB als in § 29a OWiG. De *Geldbuße*-bepalingen (§ 17 en 30 OWiG), waar als ondergrens van de boete het bedrag van het *wirtschaftlichen Vorteil* geldt, blijven evenwel onveranderd. De wetgever geeft daarvoor geen reden.

De consequentie van deze wetswijziging is dat het te ontnemen bedrag groter is dan het werkelijke voordeel dat de dader tengevolge van het feit heeft verkregen. De wetgever neemt dit bewust op de koop toe.¹¹⁶ In de literatuur is de inwisseling van het *Nettoprinzip* door het *Bruttoprinzip* behoorlijk kritisch ontvangen. De consequentie van de wijziging is, zo luidt de communis opinio, dat het *Verfall*

112 Zie over de inhoud en de achtergrond van de wetswijzigingen: Pietsch 1991, Hantke 1992, en Michalke 1993.

113 Dat geldt overigens niet alleen voor de handel in illegale wapens. Uit statistieken blijkt dat het *Verfall* maar in een heel klein deel van alle strafzaken wordt opgelegd, ook waar het gaat om delicten die vrijwel per definitie voordeel opleveren. Zie daarover Dessecker 1992, p. 164-168, en Wolters 1995, p. 14-17.

114 Zie nader nr. 278.

115 Zie *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze*, BT-Dr. 12/1134, p. 12, en voorts Pietsch 1991, p. 479-480, Göhler 1992, p. 135, Hoyer 1993, p. 409, en Drathjer 1997, p. 15. De wetgever voert als tweede reden aan dat niet-afrekbaarheid van kosten beter zou aansluiten bij het voorschrift van § 817 BGB, dat bepaalt dat investeringen in verboden handel civielrechtelijk niet terug te vorderen zijn.

116 Vgl. Michalke 1993, p. 266.

niet meer als herstelmaatregel kan worden gezien voor zover het bedrag daarvan uitstijgt boven het daadwerkelijk voordeel van de dader.¹¹⁷

90. De tweede wijziging met betrekking tot het *Verfall* vloeit voort uit de invoering van het *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)*, dat eveneens in 1992 in werking is getreden. Deze wet omvat een uitgebreid pakket van maatregelen die gericht zijn op de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, waaronder de strafbaarstelling van witwashandelingen en het toestaan van verschillende bijzondere opsporingsmethoden.¹¹⁸ Daarnaast voorziet het *OrgKG* in de invoering van het *erweiterte Verfall*, een vergaande vorm van voordeelsontneming. Al deze wijzigingen zijn onder meer ingegeven door de gedachte dat het van belang is criminele organisaties van hun vermogen te ontdoen. Niet alleen is het geld dat – in grote hoeveelheden – wordt verdiend de drijfveer voor het georganiseerd begaan van strafbare feiten, het vormt tevens het bedrijfskapitaal voor het begaan van nieuwe misdaden.¹¹⁹

Het *erweiterte Verfall* is een aanvulling op de reeds bestaande regeling van het *Verfall* (§ 73d Abs. 1 S. 1 StGB):

Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind.

De ratio van dit voorschrift is dat het ontnemen van misdaadgeld ook mogelijk moet zijn in het geval dat er bij de betrokkene een groot vermogen wordt aangetroffen waarvan geen rechtmatige herkomst kan worden vastgesteld, terwijl er een ernstig vermoeden bestaat dat dit geld wederrechtelijk is verkregen. Ontneming is dientengevolge ook toelaatbaar, indien het aantonen van (direct) causaal verband tussen een (bewezen) strafbaar feit en de daaruit voortvloeiende opbrengst niet mogelijk is.¹²⁰ Ook op deze regeling is veel kritiek uitgeoefend. Het *erweiterte Verfall* maakt, zo wordt betoogd, niet alleen inbreuk op het recht

117 Zie nr. 112.

118 Möhrenschrager 1992 geeft, op basis van de parlementaire stukken, een uitgebreid overzicht van de gedachte achter en de inhoud van de verschillende maatregelen. Zie voorts Rieß 1992, en Eisenberg 1993.

119 Möhrenschrager 1992, p. 282.

120 Zie *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Erweiterte Verfall*, BR-Dr. 16/90, p. 6-7, BT-Dr. 11/6623, p. 5. Het *erweiterte Verfall* is vervolgens deel uit gaan maken van het *Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*, BT-Dr. 11/7663, BT-Dr. 12/989. Zie voorts Möhrenschrager 1992, p. 285-286, Göhler 1992, p. 135, en Krey & Dierlamm 1992, p. 357.

op eigendom, maar met name ook op de onschuldpresumptie. In hoofdstuk 7 komt deze kritiek uitgebreid aan de orde.

3.5 Een eerste vergelijking

91. De opkomst van de ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen in Nederland en in Duitsland kent, zo blijkt uit het voorgaande, veel gemeenschappelijke elementen. Dat geldt in het bijzonder voor de 'levenscyclus': ontstaan in het economische strafrecht, overgebracht naar het commune strafrecht en uitgebreid vanuit de behoefte de financiële zijde van georganiseerde criminaliteit te bestrijden. Maar er zijn ook enkele verschillen die een nadere vergelijking des te interessanter kunnen maken. Ik denk met name aan de wijziging van het *Vermögensvorteil* in *etwas*, een wijziging die geen pendant heeft in het Nederlandse recht. Verder valt op dat het *Verfall* in het geheel achterwege blijft indien er *in abstracto* een vordering van een benadeelde bestaat. De ontnemingsmaatregel treedt alleen terug indien een concrete vordering dreigt te worden geschaad. In de volgende hoofdstukken komen deze, en ook andere, verschillen uitgebreid aan de orde.

Het karakter van de ontnemingsmaatregel

1 Inleiding

92. In hoofdstuk 2 zijn twee mogelijke grondslagen voor het ontnemen van misdadgeld onderzocht: de afschrikkingsthese en de vereffende rechtvaardigheid. Daarbij is gebleken dat de preventiegedachte, anders dan de vereffende rechtvaardigheid, nauwelijks een zelfstandig dragende grond voor de confiscatie kan zijn. In het daarop volgende historische overzicht is naar voren gekomen dat die gedachte in de politieke geschiedenis van de ontnemingsmaatregel niettemin de boventoon voert. In dit hoofdstuk onderzoek ik meer in detail wat de grondslag is van de Nederlandse ontnemingsmaatregel. Tevens breng ik een aantal andere kenmerkende eigenschappen – tezamen met de grondslag aan te duiden als het karakter – van deze maatregel in kaart. Dit onderzoek is niet alleen bedoeld als complement van de voorafgaande hoofdstukken. Het karakter van de ontnemingsmaatregel is eveneens van belang voor een goed begrip van de voorwaarden tot oplegging van de ontnemingsmaatregel.

93. De vaststelling van het karakter van de ontnemingsmaatregel kan aan de hand van diverse bronnen geschieden. Te denken valt aan het 'klassieke' onderscheid tussen straf en maatregel, de in de parlementaire geschiedenis vermelde doeleinden van de ontnemingsmaatregel en de wijze waarop deze maatregel in de praktijk wordt gehanteerd. Daarnaast is ook de dogmatiek richtinggevend. Tussen deze bronnen ontbreekt een dwingende hiërarchie. Het karakter van de maatregel is een resultante van de zienswijzen die van de genoemde bronnen uitgaan.

In dit hoofdstuk staan het onderscheid tussen straf en (ontnemings)maatregel en de parlementaire geschiedenis centraal. Aan de hand hiervan kunnen enige abstracte noties die aan de ontnemingsmaatregel ten grondslag liggen, worden blootgelegd. Bij het onderzoek naar het karakter van de ontnemingsmaatregel richt ik me op art. 36e Sr en abstraheer ik van de mogelijkheid van vervangende hechtenis (art. 24d Sr). De vervangende hechtenis beschouw ik als een onderdeel van de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel.¹ In hoofdstuk 9 komt de vervangende hechtenis nader aan de orde.

1 De wetgever betreft de vervangende hechtenis niet in de passages van de parlementaire geschiedenis waarin wordt aangegeven welke gedachte ten grondslag ligt aan de ontnemingsmaatregel.

94. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Allereerst ga ik in op het onderscheid tussen straf en ontnemingsmaatregel en behandel ik vanuit dit kader de passages van de parlementaire geschiedenis die van belang zijn voor het vaststellen van het karakter van de ontnemingsmaatregel. Mede aan de hand van een beschouwing over de karakterisering van het *Verfall* in het Duitse recht analyseer ik enkele karaktertrekken nader, hetgeen uitmondt in voorlopige definiëring van het karakter van de ontnemingsmaatregel. Omdat in de literatuur regelmatig een verband wordt gelegd tussen het karakter van de ontnemingsmaatregel en de mate van rechtsbescherming, ga ik vervolgens in op de vraag of de definiëring van het karakter consequenties heeft voor de rechtsbescherming van de betrokkene.

Na de behandeling van de verschillende deelonderwerpen in de hierna volgende hoofdstukken, waarbij ook de hantering van de ontnemingsmaatregel in de praktijk aan de orde komt, onderzoek ik – in de slotbeschouwing – hoe de voorlopige definiëring zich verhoudt met hetgeen is gebleken over die deelonderwerpen. Deze werkwijze berust op de gedachte dat enerzijds het karakter van de ontnemingsmaatregel het uitgangspunt vormt voor de praktische toepassing van de maatregel en anderzijds de relatief jonge leeftijd van de ontnemingsmaatregel met zich mee brengt dat het karakter van de maatregel in en door de praktijk wordt gevormd.

2 Het onderscheid tussen straf en ontnemingsmaatregel

2.1 Inleiding

95. De meest basale indeling van strafrechtelijke sancties is de indeling in straffen en maatregelen.² Dit onderscheid berust hoofdzakelijk op de gedachte dat de straf is gericht op bewuste leedtoevoeging terwijl de maatregel niet daarop is gericht, maar een ander doel nastreeft zoals bijvoorbeeld de beveiliging van de maatschappij. Men zou deze indeling als eerste oriëntatiepunt kunnen nemen voor de benoeming van het karakter van de ontnemingsmaatregel. Problematisch daarbij is echter dat uit de wet noch uit de literatuur onomstotelijk blijkt wat precies het verschil tussen straf en maatregel is.

In de dissertatie van Van der Landen is het onderscheid tussen straf en maatregel uitgebreid onderzocht.³ De conclusie van zijn onderzoek luidt dat dit onderscheid kan komen te vervallen en in elk geval geen uitgangspunt dient te

2 Vgl. respectievelijk titel II en titel IIa van het Wetboek van Strafrecht, eerste boek.

3 Van der Landen 1992. Een aantal van de bevindingen van Van der Landen zijn ook te vinden in Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 119-140. Zie over het onderscheid tussen straf en maatregel voorts Kelk & Haffmans 1986, Mevis 1993, Mevis 1997, p. 8-10, en Boone 2000, p. 69-85.

zijn voor toekomstige wetgeving. Eén van de oorzaken van het moeizame onderscheid tussen straf en maatregel ligt in het feit dat de kenmerken die men in het algemeen aan een maatregel toedicht, gedestilleerd zijn uit meerdere maatregelen die verschillend van aard zijn.⁴ Het enkele feit dat aan de TBS de gedachte van beveiliging van de maatschappij ten grondslag ligt, betekent bijvoorbeeld nog niet dat aan alle maatregelen dezelfde beveiligingsgedachte ten grondslag ligt of behoort te liggen. Een andere oorzaak is gelegen in het ontbreken van consensus over de doelen die het (Nederlandse) strafrecht nastreeft met de straf.⁵ Er is niet één strafdoel of een aantal strafdoelen dat als adequaat onderscheidend criterium kan gelden. Meer in het algemeen geldt dat de disfunctionaliteit van het onderscheid tussen straf en maatregel met zich mee brengt dat het enkele feit dat een sanctie door de wetgever als maatregel of als straf is gekwalificeerd, nog niet per definitie een aantal materiële kenmerken dicteert waaraan de sanctie voldoet of behoort te voldoen.⁶ Een nadere kwalificatie van de ontnemingsmaatregel enkel op basis van het onderscheid tussen straf en maatregel is derhalve niet goed mogelijk.

Hoewel het onderscheid tussen straf en maatregel diffuus is, is het niettemin zinvol de ontnemingsmaatregel nader te beschouwen aan de hand van enkele kenmerken van 'de' maatregel.⁷ Deze kunnen als hulpmiddel dienen om het karakter van de ontnemingsmaatregel zoals deze uit de parlementaire geschiedenis blijkt, nader te duiden. Aan de hand hiervan formuleer ik, zoals gezegd, een voorlopige definiëring van het karakter van de ontnemingsmaatregel. Deze zet ik voorts af tegen (enigszins) afwijkende opvattingen in de literatuur.

2.2 De karaktertrekken van de ontnemingsmaatregel

2.2.1 Ontneming en leedtoevoeging

96. Als eerste en meest algemene karaktertrek van 'de' maatregel kan gelden dat de maatregel in tegenstelling tot de straf geen leed zou beogen toe te voegen. Het

4 Zie hierover met betrekking tot de ontnemingsmaatregel Van der Landen 1992, p. 340-342.

5 Zie onder andere Memorie van Antwoord, TK 1981-1982, 15 012, nr. 5, p. 8-9, Groenhuijsen 1985, p. 293, en Van der Landen 1992, p. 329-330, 335-336. Vgl. ook het overzicht bij Boone 2000, p. 94-96. Zie voor een empirische onderbouwing van deze stelling het onderzoek van De Keijser 2000a. Een kort verslag van de belangrijkste resultaten van dit onderzoek is te vinden bij De Keijser 2000b.

6 Vgl. ook Keijser-Ringnalda 1994, p. 108: 'Het onderscheid [tussen straf en maatregel; MJB] lijkt meer problemen op te leveren dan te verhelderen. Deze problemen zouden evenwel gereduceerd kunnen worden wanneer men zich op het ongecompliceerde uitgangspunt stelt dat sancties verschillende gevolgen kunnen hebben en verschillende doeleinden kunnen dienen, zonder dat men deze strikt wil verbinden aan de subcategorie "straf" of "maatregel".'

7 Ik baseer mij daarbij hoofdzakelijk op de criteria genoemd door Van der Landen 1992, p. 4-7.

gaat daarbij om *bedoelde* leedtoevoeging. De maatregel vindt zijn grondslag niet in de wens om leed toe te voegen, maar in een andere doelstelling zoals bijvoorbeeld de bescherming van de maatschappij. Het is daarbij overigens niet uitgesloten dat ook een maatregel een zeker niet-beoogd leed toevoegt. Deze gedachte komt tot uiting in de wetsgeschiedenis van de ontnemingswetgeving, waar de minister aangeeft dat hij uitgaat van '(...) een wezenlijk onderscheid (...) in rechtskarakter tussen straffen en maatregelen (...)', in die zin dat met de straf beoogd wordt leed toe te voegen en deze toevoeging niet door de maatregel wordt bewerkstelligd.⁸

In de parlementaire stukken treft men op meerdere plaatsen de stelling aan dat de ontnemingsmaatregel niet gericht is op leedtoevoeging. De eigen doelstelling van de ontnemingsmaatregel is '(...) het herstel van een rechtmatige toestand, doordat aan de veroordeelde wordt ontnomen wat het rechtens niet toekomt (...)'.⁹ De minister voegt daar nog aan toe dat tengevolge van deze gerichtheid op rechtsherstel '(...) de maatregel naar haar aard een zeker civielrechtelijk karakter draagt (...)'.¹⁰

97. Dit 'wezenlijke onderscheid' tussen straf en ontnemingsmaatregel stuit op tal van bezwaren. Ten eerste, de vergelding als kenmerk¹¹ van de straf en het bewerkstelligen van rechtsherstel kunnen niet los van elkaar worden gezien. Vergelding omvat in zekere zin ook rechtsherstel. Dit is het meest zichtbaar in de absolute vergeldingstheorieën, waarin – kort gezegd – het strafbare feit, dat een verstoring van de rechtsorde teweeg brengt, de rechtvaardiging biedt voor de oplegging van de straf teneinde zodoende – zo goed en zo kwaad als dat kan – te komen tot een herstel van de verstoorde rechtsorde.¹² Hiermee is niet gezegd dat het ontnemen van het wederrechtelijke voordeel tot een algeheel herstel van de rechtsorde leidt noch dat de ontneming de kern van de vergelding zou zijn, maar de ontneming is wel een onderdeel van het herstel van de rechtsorde.¹³ In dit opzicht bestaat er verwantschap tussen de vergeldende straf en de ontnemingsmaatregel.

8 Memorie van Toelichting, p. 8.

9 Memorie van Toelichting, p. 8. Zie ook Memorie van Toelichting, p. 55, 78, 81, Memorie van Antwoord, p. 26, Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 3, en Memorie van Antwoord I, p. 9.

10 Memorie van Toelichting, p. 55.

11 Niet: 'als doel'. Ik ga hier nader op in bij de bespreking van het derde bezwaar (zie nr. 99).

12 Zie omtrent deze theorieën bijvoorbeeld Kelk 1998, p. 19-21, en De Keijser 2000a, p. 11-17.

13 Zo oordeelt Leo Polak dat misdaad geen voordeel of genot mag opleveren: '(...) de dief mag van het gestolene niet genieten, moet het teruggeven.' Maar dat is uiteindelijk niet de essentie van de straf: 'Door de verdiende straf wordt dus het misdadig individu op zijn plaats gezet: niet op zijn eigen (subjectieve) plaats van voor het misdrijf, zijn *status quo ante* (gelijk alle voordeelscompensering tot dusver deed), noch op de subjectieve plaats van een individuele wederpartij (gelijk de talio doet), maar op de *objectieve*, de behoorlijke plaats: het standpunt van de gedeerde rechtsorde nopens het gepleegde misdrijf.' Zie Polak 1947, p. 320-321 (cursiveringen in het origineel). Vgl. ook De Keijser 2000a, p. 14-15.

98. Ten tweede, niet alleen vanuit een strafrechtstheoretisch perspectief kan een relatie worden gelegd tussen vergelding en rechtsherstel, ook op het niveau van het geldende strafrechtelijke sanctiestelsel is dat mogelijk. Dit kan allereerst worden geïllustreerd aan de hand van de afroomboete. In het Nederlandse strafrecht wordt aanvaard dat de hoogte van een geldboete mede is gebaseerd op de verkrijging van wederrechtelijk verkregen voordeel.¹⁴ In één uitspraak van de Hoge Raad komt dit duidelijk naar voren.¹⁵ In deze zaak had het hof de oplegging van een geldboete van f 400.000 mede gemotiveerd met een beroep op de noodzaak om '(...) uit een oogpunt van vergelding verdachte daar te treffen waarop het doel van verdachtes onderneming was gericht: het vergaren van (grote) rijkdom ten koste van de (Nederlandse) samenleving.' De Hoge Raad overweegt:

Het middel steunt op de stelling dat het de rechter niet vrijstaat een geldboete op te leggen in gevallen waarin deze straf door het Openbaar Ministerie niet is gevorderd en het Openbaar Ministerie zijn voornemen tot uitdrukking heeft gebracht een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel in te dienen. Die opvatting is onjuist. Voorzover het middel daarnaast stelt dat het de rechter niet vrijstaat bij de vaststelling van de draagkracht van de verdachte acht te slaan op vermogensbestanddelen die mogelijk mede door middel van of uit de baten van de bewezenverklarde feiten zijn verkregen, berust het eveneens op een onjuiste opvatting.

In deze overweging komt impliciet naar voren dat het verkrijgen van wederrechtelijk voordeel op twee – niet altijd even eenvoudig te onderscheiden – manieren in de geldboete kan doorwerken. Enerzijds kan de hoogte van de geldboete rechtstreeks zijn beïnvloed door de hoogte van het verkregen voordeel, waardoor de geldboete rechtstreeks dient ter ontneming van dat voordeel. Anderzijds is het verdedigbaar dat het verkrijgen van het wederrechtelijk voordeel een factor is binnen een complex samenspel van factoren. Het verkrijgen van het voordeel is, naast allerlei andere feiten en omstandigheden, van invloed op de waardering van de ernst van het feit en de intenties van de dader.¹⁶ De geldboete is in het laatste geval wel gerelateerd aan de verkrijging van het wederrechtelijk voordeel, maar dient niet (rechtstreeks) ter ontneming van dat voordeel.¹⁷ Beide vormen van doorwerking van het verkrijgen

14 Wemes 1988, p. 422, Keijser-Ringnalda 1994, p. 11, en Remmelink 1996, p. 699, 747. Zie ook Eindrapport-Schutte 1988, p. 26, alsmede art. 6 lid 1 WED en art. 12 Opiumwet, waarover meer in nr. 146.

15 HR 18 mei 1999, NJ 2000, 105, m.nt. Sch. De afroomboete komt in eerdere jurisprudentie minder expliciet naar voren. Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 1990, DD 90.233, en Hof Den Bosch 15 oktober 1991, NJ 1992, 558.

16 Vgl. J.C.M. Leijten 1987, p. 66, Groenhuijsen 1996b, p. 609, en Bleichrodt 2000, p. 145.

17 Zie in vergelijkbare zin Keulen 1999, p. 50, en de conclusie van A-G Keijzer voor HR 18 mei 1999, NJ 2000, 105, m.nt. Sch. Vgl. ook Van Veen 1949, p. 217, en A-G Mok in zijn conclusie voor HR 18 september 1978, NJ 1978, 658, m.nt. GEM.

van wederrechtelijk voordeel in de oplegging en de hoogte van de geldboete zijn, gelet op het geciteerde arrest, binnen het huidige sanctiestelsel mogelijk.¹⁸

Naast de geldboete kan ook de verbeurdverklaring, eveneens in het wettelijk stelsel als straf aangemerkt, leiden tot rechtsherstel in die zin dat aan de verdachte een voorwerp wordt ontnomen dat hij wederrechtelijk heeft verkregen. Eén van de categorieën voorwerpen die vatbaar zijn voor verbeurdverklaring, betreft immers de voorwerpen die geheel of grotendeels door middel van het strafbare feit zijn verkregen (art. 33a lid 1 sub a Sr).¹⁹ Heeft dit tot gevolg dat de verbeurdverklaring in dergelijke gevallen niet langer als straf kan worden opgevat? In de literatuur treft men de relativering aan dat de verbeurdverklaring 'maatregелеffecten' vertoont,²⁰ maar een 'wezenlijk onderscheid' tussen de verbeurdverklaring enerzijds als rechtsherstellende sanctie en anderzijds als sanctie om tot uiting te brengen dat de dader het bezit van het voorwerp tengevolge van het strafbare handelen onwaardig is, wordt niet voorgestaan.²¹

Ook aan de zijde van de wetgever lijkt de behoefte van dat onderscheid niet aanwezig. De mogelijkheid van verbeurdverklaring van de opbrengst van een strafbaar feit is door de invoering van de ontnemingsmaatregel in het commune strafrecht (door de Wet vermogenssancties) nauwelijks veranderd,²² terwijl de ontnemingswetgeving niet meer dan een beperking heeft aangebracht in de reikwijdte van art. 33a lid 1 sub a Sr.²³ Zou de wetgever consequent hebben vastgehouden aan het 'wezenlijke onderscheid' tussen de straf en de rechtsherstellende sanctie, dan had dit in het wettelijk systeem zichtbare gevolgen moeten hebben voor het karakter van de verbeurdverklaring in die gevallen waarin deze sanctie rechtsherstel bewerkstelligt.

99. Ten derde, een 'wezenlijk onderscheid' tussen straf en ontnemingsmaatregel kan verder worden gerelativeerd door een onderscheid te maken tussen enerzijds

18 Zie over de afstemming van dergelijke boetes met de oplegging van een ontnemingsmaatregel nr. 457.

19 Ook de categorieën van art. 33 lid 1 sub b, c en e Sr kunnen onder omstandigheden een zeker voordeelsontnemend effect hebben. Vgl. HR 23 december 1980, NJ 1981, 208, en HR 8 oktober 1996, NJ 1997, 92, waarin de verbeurdverklaring van het 'bedrijfskapitaal' wordt uitgesproken.

20 'Ons principiële standpunt is: de wetgever heeft de verbeurdverklaring als een straf bedoeld, hetgeen echter maatregелеffecten niet uitsluit', aldus Rammelink 1965, p. 86.

21 Zie onder andere Schadee 1882, p. 5, 6-7, 31, 48, Rammelink 1965, p. 84-85, Rammelink 1996, p. 717-718, en Vegter in: Jonkers e.a. (losbl.), p. VII-50. Enigszins anders: Pompe 1959, p. 370, die in bepaalde gevallen de verbeurdverklaring als een preventieve maatregel wenst te beschouwen. Pompe lijkt daarbij niet het oog te hebben op aan de verdachte toebehorende voorwerpen die door middel van het strafbare feit zijn verkregen.

22 Vgl. Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nr. 3, p. 33-34.

23 Voordien was ook de verbeurdverklaring mogelijk van voorwerpen die waren verkregen uit de baten van het strafbare feit. In de literatuur wordt – naar mijn mening op goede gronden – bepleit deze mogelijkheid weer in het leven te roepen. Zie Keulen 1999, p. 44-45.

het wezen en anderzijds het doel van de straf.²⁴ Immers, met het aanduiden van de straf als beoogde of bedoelde leedtoevoeging dreigt het gevaar dat de leedtoevoeging als *het* doel van de straf wordt opgevat. Het ultieme doel moet evenwel worden gezocht in hoger gelegen zaken, in het bijzonder de handhaving van de rechtsorde en daarmee de behartiging van het algemeen welzijn. Ook de ontnemingsmaatregel kan aan de verwezenlijking van dat doel bijdragen. De vergelding is veeleer het *kenmerk* van de straf. De sanctie-oplegger zal zeker oog hebben voor dit wezenskenmerk van de straf, maar de leedtoevoeging mag geen doel op zich zijn. Een straf is geen vergelding zonder meer, geen wraakneming, maar het moet een *gepaste* reactie zijn op het begaan zijn van een strafbaar feit door de dader.²⁵

Met de toepassing van de straf worden twee werkingen beoogd, teneinde de handhaving van de rechtsorde te bewerkstelligen. De tenuitvoerlegging van de straf brengt allereerst teweeg dat de gevolgen van de normovertreding in zekere mate worden hersteld.²⁶ Het gaat hier om de repressieve uitwerking van de door vergelding gekenmerkte straf, welke ik hiervoor bij de relatie tussen de vergelding en het rechtsherstel heb behandeld. De tweede (beoogde) werking van de straf is de preventieve werking. Deze bestaat er in dat de bedreiging, de oplegging en de tenuitvoerlegging van de straf een afschrikwekkende werking hebben ter voorkoming van het begaan van strafbare feiten, zowel naar de dader (speciale preventie) als naar alle overige rechtsgenoten (generale preventie). Hieronder diep ik de rol van de preventie bij de ontnemingsmaatregel nader uit (nr. 106-108). Op deze plaats volstaat de constatering dat de wetgever met de ontnemingsmaatregel niet enkel rechtsherstel beoogt. In de parlementaire stukken komt ook tot uiting dat van de ontneming van wederrechtelijk voordeel ook een preventieve werking wordt verwacht.²⁷ Derhalve kunnen in zoverre met betrekking tot de ontnemingsmaatregel dezelfde doeleinden worden geconstateerd als ten aanzien van de straf.²⁸

100. Illustratief in dit verband is de discussie omtrent het karakter van de schadevergoedingsmaatregel. Door de commissie-Terwee is, in navolging van Groenhuijsen,²⁹ betoogd dat er behoefte bestaat aan een schadevergoedings*straf*.

24 Ik verwijs hierbij naar het onderscheid tussen wezen, doel en werking van de straf, zoals Pompe dat maakt. Zie Pompe 1959, p. 6-7, 9-10, 301, en daarover Kelk 1998, p. 29-30.

25 Zie ook G. Knigge 1988, p. 8, 14, en Groenhuijsen 1989a, p. 55.

26 Pompe 1959, p. 301-303.

27 Memorie van Toelichting, p. 3, Voorlopig Verslag, p. 4, 8, Handelingen TK 3 juni 1992, p. 5142, 5144, Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5218, en Voorlopig Verslag I, p. 3.

28 In de plenaire behandeling van de ontnemingswetgeving in de Tweede Kamer merkt het kamerlid Schutte terecht op: 'In vele gevallen zal het een maatregel zijn, die meer beantwoordt aan de belangrijkste doeleinden van de straf zelf. Ik denk aan de vergelding en de preventie.' Zie Handelingen TK 3 juni 1992, p. 5142.

29 Groenhuijsen 1985, onder andere op p. 292-295. Zie ook Langemeijer 1938, p. 30-32.

Eén van de overwegingen hiervoor was dat de schadevergoeding aan het slachtoffer van een delict aansluit bij de doeleinden van de straf, in de zin van (speciale en generale) preventie, vergelding en conflictoplossing.³⁰ Zo kan bijvoorbeeld worden gesteld dat schadevergoeding leidt tot een verscherping van het bewustzijn van de dader doordat hij de gevolgen van zijn handelen onder ogen moet zien, alsmede dat toevoeging van leed bij de dader ook in relatie staat met het leed van het slachtoffer.³¹ Door de minister is het voorstel om te komen tot een schadevergoedingsstraf van de hand gewezen en vervangen door de schadevergoedingsmaatregel. In de wetsgeschiedenis van de wet-Terwee is deze keuze gemotiveerd met een beroep op het onderscheid tussen de vermogensstraf en de vermogensmaatregel. 'De schadevergoedingsplicht is primair gericht op het herstel van de rechtmatige toestand en voegt (...) geen extra leed aan de dader toe.'³² Dit argument vertoont grote gelijkenis met de onderbouwing van het maatregelkarakter van de ontnemingsmaatregel, zij het dat met betrekking tot de schadevergoedingsmaatregel niet (expliciet) van een 'wezenlijk onderscheid' wordt gerept.

101. Ten vierde, een 'wezenlijk onderscheid' tussen enerzijds sancties die beogen leed toe te voegen (bedoelde leedtoevoeging) en anderzijds sancties die zulks niet beogen maar niettemin wel onbedoeld leed kunnen toevoegen, is juristen met de paplepel ingegoten, doch voor degenen die een sanctie opgelegd krijgen verwarrend en veelal onbegrijpelijk. Veroordeelden zullen vaak elke sanctie, en dus ook de ontnemingsmaatregel, als bestraffend, leedtoevoegend ervaren, ongeacht het al dan niet *in concreto* bestaan van de bedoeling om dat leed toe te voegen.³³ Dit hangt niet alleen samen met de sanctie zelf – bij de ontnemingsmaatregel: de verplichting tot betaling van een geldbedrag aan de staat –, maar tevens met de oplegging daarvan. Uit die oplegging spreekt immers het oordeel dat de betrokkene strafrechtelijk ontoelaatbaar gedrag heeft vertoond.³⁴ Het onderscheid tussen

30 Rapport-Terwee 1988, p. 24-26. Het toekennen van een strafkarakter was voor de commissie-Terwee niet enkel een etiketten-kwestie. De schadevergoedingsstraf zou in overeenstemming moeten zijn met de ernst van het feit en de verwijtbaarheid van de dader, en zou moeten worden afgestemd op de draagkracht van de dader. Voor zover de hoogte van de schadevergoedingsstraf hierdoor onder het bedrag van de schade zou blijven, bleef de mogelijkheid voor de benadeelde over om een aanvullende schadevergoeding te vorderen. Zie ook Terwee-Van Hilten 1991, p. 109-112.

31 Zie nader Groenhuijsen 1985, p. 142-146, 272-275, 292-293, Groenhuijsen 1989b, p. 744-746, Terwee-Van Hilten 1991, p. 109-112, en Van der Landen 1992, p. 346-353. Zie meer in het algemeen over het – diffuse – onderscheid tussen de civielrechtelijke schadevergoeding en de straf: Groenhuijsen 1986, p. 114-117.

32 Memorie van Toelichting, TK 1989-1990, 21 345, nr. 3, p. 5.

33 Vgl. met betrekking tot de schadevergoedingsmaatregel Groenhuijsen 1989, p. 744, en met betrekking tot de ontnemingsmaatregel Van der Landen 1992, p. 340, en Doorenbos 1997, p. 72. Ik wijs verder op Vrugink 2001, p. 99. Hij heeft aan gedetineerden de vraag voorgelegd of zij het onderscheid tussen een straf en een maatregel kenden. Dit blijkt nauwelijks het geval te zijn.

34 In de Duitse dogmatiek wordt dit wel aangeduid als de *sozialethische Mißbilligung*, die ligt besloten in de strafrechtelijke sanctionering. Zie nr. 407.

bedoelde en onbedoelde leedtoevoeging mag voor juristen wellicht een prachtige vondst zijn, maar degene die de sanctie ondergaat zal alleen de leedtoevoeging ervaren en niet het achterliggende oogmerk.

Ook de wetgever blijkt, hoewel redenerend vanuit een 'wezenlijk onderscheid', geenszins in staat te zijn de bedoeling geen leed te willen toevoegen door de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel overeind te houden. In het plenaire debat in de Tweede Kamer wordt diverse malen aangegeven dat door de voordeelsontneming de misdadiger pas werkelijk pijn wordt gedaan.³⁵ Uit empirisch onderzoek blijkt eveneens dat de ontnemingsmaatregel wat betreft de zwaarte van de sanctie – het ondergane leed – niet principieel anders wordt ervaren dan de gevangenisstraf.³⁶

102. Uit het voorgaande blijkt dat een 'wezenlijk onderscheid' tussen straf en maatregel niet houdbaar is. Op veel onderdelen is er sprake van interferentie. Is het onderscheid dat de minister aanbrengt tussen de straf en de ontnemingsmaatregel, daarmee van nul en generlei waarde? Een dergelijke stelling gaat weer te ver. Het is van belang voor ogen te houden op welk onderdeel het 'wezenlijke onderscheid' moet worden gerelativeerd. Het gaat mij er niet om de karakterisering van de straf als beoogde leedtoevoeging te ridiculiseren. Integendeel. Hoewel er kanttekeningen bij deze karakterisering moeten worden geplaatst, kan men moeilijk ontkennen dat straf en leedtoevoeging een onlosmakelijke band met elkaar onderhouden.³⁷ Ik ben er ook niet op uit om het bestaansrecht van de verschillende maatregelen die het Nederlandse strafrecht kent, in twijfel te trekken. Waar het mij om gaat, is dat de maatregel nauwer verbonden is met de straf dan de dichotomie straf-maatregel wil doen geloven. Het is mijns inziens met name onjuist om te stellen dat de maatregel niet verweven zou zijn met kenmerk en doel(einden)

35 Zie Handelingen TK 3 juni 1992, p. 5139, 5142, 5144. Het kamerlid Schutte erkent met zoveel woorden dat de betrokkene de ontnemingsmaatregel als straf zal ervaren: 'Weliswaar is het oogmerk niet toevoeging van leed, maar de veroordeelde zal dit anders ervaren.' Zie p. 5142. In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer, p. 9, wordt dit ook door de minister erkend: 'Uiteraard ben ik mij ervan bewust, dat de oplegging van de maatregel door de veroordeelde als een straf kan worden ervaren. Die ervaring is echter uit rechtsoogpunt niet beoogd (...).' Vgl. ook de volgende passage in het beleidsplan *Recht in beweging*: 'In brede kringen van de samenleving ergert men zich steeds vaker aan het onvermogen van justitie om de gepleegde misdrijven financieel te *vergeldden* door de dader hun – door middel van criminaliteit verkregen – rijkdommen te ontnemen' (cursivering toegevoegd). Zie TK 1990-1991, 21 829, nr. 2, p. 27. Vgl. voorts Nelen & Sabbe 1998, p. 48, en Nelen 2000, p. 61.

36 Zie het onderzoek van Vrugink 2001, p. 99-101, 110-112, die erop wijst dat de ervaren zwaarte van de ontnemingsmaatregel niet alleen het gevolg is van de betalingsverplichting, maar met name ook van de onzekerheid die bij veel betrokkenen bestaat over het executietraject. Zie ook Vrugink & Van Dijk 1998.

37 Zie in dit verband met name Strijards 1987a. Zie voorts G. Knigge 1988, onder andere p. 7-8. Knigge wijst erop dat de aanduiding van de straf als beoogde leedtoevoeging weliswaar gebrekkig is, maar niettemin betekenis heeft waar het gaat om het maken van een onderscheid tussen straf en maatregel.

van de straf. Maar met deze constatering is nog niet gezegd dat het onderscheid tussen straf en maatregel geen enkel nut heeft. Op één onderdeel zie ik namelijk wel een rol voor dat onderscheid weggelegd.

Een potentieel gevaar van de gedachte dat de maatregel in veel opzichten verweven is met de straf, is dat daarmee de eigen functie van de verschillende maatregelen te zeer wordt miskend. Of, wat kwalijker zou zijn, dat men zou kunnen menen dat elke sanctie ook altijd in een zekere mate leed *mag* toevoegen. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen sancties waarbij het toevoegen van leed voorop staat en sancties waarbij het leed ondergeschikt is aan de primaire functie van de betreffende sancties. Het is naar mijn mening van belang dit onderscheid te maken, omdat er een normatieve werking van kan en moet uitgaan. Sancties waarbij niet zozeer de leedtoevoeging maar een andere functie voorop staat, dienen te worden toegepast op een wijze waarbij enerzijds de eigen functie wordt verwezenlijkt en anderzijds de factor leed zo veel als mogelijk achterwege wordt gelaten.³⁸ Het besef dat ook deze laatste sancties leed teweegbrengen, is geen vrijbrief om dat leed in elke proportie toe te laten.

103. Past men dit functionele onderscheid tussen straf en maatregel toe op de ontnemingsmaatregel, dan leidt zulks naar mijn mening tot twee constatering. Ten eerste, gelet op de wetsgeschiedenis heeft de ontnemingsmaatregel als functie het herstellen van de rechtmatige toestand, hetgeen geschiedt doordat aan de betrokkene wordt ontnomen wat hij wederrechtelijk als voordeel heeft verkregen (zie nr. 96). Bij de toepassing van de ontnemingsmaatregel dient dit als *normatief* uitgangspunt voorop te worden gesteld. Dit betekent dat de diverse onderdelen van de ontnemingsmaatregel zodanig moeten worden toegepast dat de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel het herstel van de rechtmatige toestand bewerkstelligt maar ook niet meer dan dat. De functie van de ontnemingsmaatregel limiteert in dit opzicht.³⁹

Ten tweede, ook indien de ontnemingsmaatregel in deze gelimiteerde vorm wordt toegepast, moet men onder ogen zien dat de ontnemingsmaatregel verwevenheid vertoont met de straf. De oplegging van de ontnemingsmaatregel realiseert immers in zeker opzicht al wat met de straf wordt beoogd (leedtoevoeging, preventie, herstel). Een logisch gevolg daarvan is naar mijn mening dat er op

38 Zie het eerste verschilpunt dat Pompe constateert ten aanzien van het onderscheid tussen straf en beveiligingsmaatregel: 'Het eerste verschilpunt (...) is, dat de straf in wezen een element van leed moet hebben, terwijl de beveiligingsmaatregel van alle leed zoo mogelijk vrij moet zijn.' Pompe 1921, p. 46. Vgl. ook Kelk 1999, p. 209, over het vereiste van proportionaliteit bij de toepassing van een maatregel.

39 Zie hieromtrent ook een eerdere beschouwing van mijn hand, Borgers 1998b, p. 95-104. Vgl. ook Bleichrodt 1996, p. 39, die stelt dat de grondslagen van de verschillende maatregelen primair de voorwaarden voor de toepassing en de omvang van die maatregelen bepalen.

enigerlei wijze afstemming plaatsvindt tussen de ontnemingsmaatregel en de andere sancties die in een concreet geval aan de betrokkene worden opgelegd. Het gevolg hiervan zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de ontnemingsmaatregel voor wat betreft de hoogte van de betalingsverplichting moet worden bijgesteld, of dat de ontnemingsmaatregel niet wordt opgelegd.⁴⁰

2.2.2 Ontneming en verwijtbaarheid

104. In het verlengde van de eerste karaktertrek van 'de' maatregel – geen beoogde leedtoevoeging – ligt de tweede karaktertrek: een maatregel heeft niet een schuldvergeldend karakter in die zin dat verwijtbaarheid van de dader geen *voorwaarde* hoeft te vormen voor het opleggen van een maatregel. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de onttrekking aan het verkeer: ook in het geval dat de strafzaak eindigt in vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging, kan deze maatregel worden opgelegd (art. 36b lid 1 sub 3 Sr). Het begaan zijn van het delict vormt slechts de aanleiding voor de maatregel en schuld (in de zin van verwijtbaarheid) is daarbij niet relevant. Daar staat tegenover dat voor de toepassing van de straf schuld wel vereist is.⁴¹

105. Voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel is in één opzicht schuld een vereiste. Op grond van art. 36e Sr is de oplegging van een ontnemingsmaatregel alleen mogelijk indien er een veroordeling plaatsvindt voor een strafbaar feit (in het geval van art. 36e lid 3 Sr: een feit van de vijfde categorie). Daar staat tegenover dat het voordeel dat wordt ontnomen, niet hoeft te zijn voortgekomen uit het feit waarvoor veroordeling plaatsvindt. Ook voor andere strafbare feiten kan er voordeelsontneming plaatsvinden. Strafbaarheid van de dader voor die feiten wordt door de wet niet vereist. Voor wat betreft art. 36e lid 3 Sr komt daar bij dat het te ontnemen wederrechtelijk voordeel ook afkomstig kan zijn uit een door een ander begaan strafbaar feit. Niet vereist is dat de betrokkene een verwijt treft ter zake van de verkrijging van dat voordeel.

De ontnemingsmaatregel is wat hoogte van de betalingsverplichting betreft, niet aan de mate van schuld aan het (grond)delict gerelateerd. Het ontbreken van een dergelijke relatie komt ook in de geschiedenis van de ontnemingsmaatregel naar voren. Bij de totstandkoming van de WED overwoog de wetgever reeds dat niettegenstaande de grote voordelen die behaald worden met economische delicten,

40 Deze tweede constatering gaat in tegen een opmerking van de minister dat de ontnemingsmaatregel geen onderdeel zou uitmaken van 'een afgewogen sanctiepakket'. Zie Memorie van Toelichting, p. 10. In nr. 123 zet ik uiteen waarom aan deze opmerking nauwelijks betekenis toekomt.

41 Het befaamde Melk en Water-arrest: HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681.

(...) maatschappelijke gezindheid en behaald voordeel bij de delinquent niet recht evenredig zijn. Het ontwerp [van de WED; MJB] heeft een aan deze omstandigheid aangepaste beslissing nagestreefd door de mogelijkheid te openen om vermogensstraf en ontneming van voordeel van elkaar te scheiden.⁴²

2.2.3 *Ontneming en preventie*

106. Een derde karaktertrek van 'de' maatregel is dat het accent bij de maatregel veelal meer op de speciale preventie (en minder op de generale preventie) ligt dan bij de straf.⁴³ Hiermee wordt bedoeld dat de maatregel zich hoofdzakelijk op de dader richt, terwijl de straf in meerdere mate ook generale preventie zou nastreven.

Voor de ontnemingsmaatregel heeft dit onderscheid tussen straf en maatregel, anders dan voor een maatregel als de TBS, weinig betekenis. Gaat men af op de wetsgeschiedenis dan lijkt in zekere zin het tegenovergestelde het geval. In de parlementaire stukken wordt de generaal-preventieve functie als een even belangrijke doelstelling naast het rechtsherstel genoemd.⁴⁴ Van een speciaal-preventieve werking, bijvoorbeeld in de (beperkte) zin dat door de ontneming de betrokkene zijn illegale vermogen niet kan aanwenden ten behoeve van het begaan van nieuwe strafbare feiten, wordt niet gerept.⁴⁵ Dat is mijns inziens overigens ook terecht, want het enkele feit dat het verkregen voordeel aan de betrokkene wordt ontnomen, sluit geenszins uit dat hij over andere gelden kan beschikken om nieuwe strafbare feiten te begaan.

107. Een ander preventief aspect dat wel aan 'de' maatregel wordt toegeschreven, is het gegeven dat het *gevaar* dat van de dader of van een bij het delict betrokken voorwerp uitgaat, een fundament van de maatregel vormt. Voor de TBS en de onttrekking aan het verkeer gaat deze stelling zeker op, maar de ontnemingsmaatregel is door de wetgever in verband gebracht met een andere functie: het herstel van de rechtmatige toestand doordat aan de betrokkene wordt ontnomen wat hem niet toekomt.⁴⁶ Toch kan men de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel niet geheel los zien van het thema gevaar. In hoofdstuk 2 is er naar aanleiding van verschillende internationale ontwikkelingen geconstateerd dat vanuit het fenomeen misdaadgeld, en de daaraan inherent verbonden witwashandelingen, twee soorten

42 Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 12. Zie ook nr. 63. Een dergelijke maatregel-benadering is eveneens te vinden bij Hoogland 1947, p. 252.

43 Vgl. Van der Landen 1992, p. 6-7.

44 Memorie van Toelichting, p. 3, Voorlopig Verslag, p. 4, 8, Handelingen TK 3 juni 1992, p. 5142, 5144, Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5218, en Voorlopig Verslag I, p. 3.

45 In die zin wel het RAC-rapport 1986, p. 1, en Lijst van vragen en antwoorden (evaluatie ontnemingswetgeving), TK 1998-1999, 26 268, nr. 2, p. 4.

46 Vgl. ook Bleichrodt & Balkema 1995, p. 45, die wijzen op een tweedeling binnen de maatregelen: enerzijds beveiligingsmaatregelen, anderzijds reparatoire maatregelen.

bedreiging uitgaan: de dreiging van beïnvloeding van (legale) maatschappelijke en politieke processen en de dreiging dat allerlei financiële instellingen ongewild in aanraking komen met misdaadgeld (zie nr. 29). Door confiscatie van misdaadgeld tracht men deze bedreigingen af te wenden. De ontnemingswetgeving kan worden gezien als één van de uitingen op nationaal niveau naar aanleiding van de genoemde internationale ontwikkelingen.⁴⁷ Ook in de Nederlandse context wordt het fenomeen misdaadgeld niet langer beschouwd als een hinderlijk randverschijnsel van criminaliteit, maar vormt het een zelfstandig probleem.⁴⁸ Het onderwerp staat dan ook reeds geruime tijd hoog op de politieke agenda in een tijd waarin de politiek bereid is tot het invoeren van vergaande en vernieuwende strafrechtelijke regelingen ter bestrijding van het fenomeen misdaadgeld.⁴⁹ Vanuit dit perspectief valt ook te verklaren dat aan het strafrecht een eigen en zelfstandige verantwoordelijkheid is toebedeeld om aan de delinquent het door hem behaalde voordeel te ontnemen.⁵⁰

108. Het beeld zou nu kunnen ontstaan dat de ontnemingsmaatregel, en in bredere zin ook de ontnemingswetgeving, exclusief bestemd zou zijn voor strafbare feiten waarvan concreet de genoemde bedreigingen uitgaan. Te denken valt dan aan strafbare feiten waaraan welhaast per definitie grote financiële voordelen zijn verbonden, zoals de handel in harddrugs, of een georganiseerde wijze van het begaan van strafbare feiten, waarbij de organisatie zich richt op het vergaren en het witwassen van veel misdaadgeld. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gewezen op de wijze waarop de minister de noodzaak van de ontnemingswetgeving motiveert:

De laatste jaren is – overigens niet alleen in Nederland – de behoefte om slagvaardiger te kunnen optreden tegen bepaalde, dikwijls zeer complexe en geraffineerde, vormen van uiterst lucratieve criminaliteit toegenomen. Dit hangt samen met de mate waarin die vormen van criminaliteit en de maatschappelijke ongerustheid daarover in omvang zijn toegenomen. Te denken valt aan diverse vormen van dikwijls georganiseerde criminaliteit zoals de grote internationale handel in verdovende middelen, fraude en valsheid in geschrift met aanzienlijke financiële gevolgen, misbruik van overheidsvoorzieningen, ontvoeringen en vrouwenhandel en bepaalde vormen van milieucriminaliteit.⁵¹

47 Daarnaast kan er worden gewezen op de wetgeving inzake de melding van ongebruikelijke transacties, de identificatieplicht bij financiële dienstverlening, de regulering van de wisselkantoren, de aanscherping van de helingsbepalingen en het invoeren van een zelfstandige strafbaarstelling van witwashandelingen. Zie voor een overzicht onder andere Lamp 2000, p. 39-68.

48 Vgl. Groenhuijsen 1997, p. 29-30.

49 Vgl. Keijser-Ringnalda 1994, p. 326-328, 374-378. Kelk 1998, p. 40, wijst erop dat (onder andere) de ontnemingswetgeving lijkt te rusten op '(...) de gedachte van het mensbeeld van de verdachte als vijand van de samenleving en van de maatschappelijke orde (...).'

50 Vgl. Memorie van Toelichting, p. 55, en Memorie van Antwoord I, p. 9.

51 Memorie van Toelichting, p. 4.

Ook op andere plaatsen in de parlementaire geschiedenis wordt gewezen op de noodzaak van de bestrijding van dergelijke lucratieve criminaliteit.⁵² Er is naar mijn mening evenwel twijfel mogelijk of de wetgever *enkel* het oog op de bestrijding van de genoemde vormen van criminaliteit heeft gehad. Een tweetal constatering is van belang.

Ten eerste, de ontnemingswetgeving omvat een veelheid van wijzigingen en uitbreidingen van de daarvoor bestaande bevoegdheden. Voor wat betreft de ontnemingsmaatregel is er sprake van een uitbreiding, bestaande uit de mogelijkheid tot ontneming uit bepaalde strafbare feiten waarvoor geen veroordeling heeft plaatsgevonden (art. 36e leden 2 en 3 Sr). Maar, omdat het om een uitbreiding gaat, is de reeds bestaande mogelijkheid tot ontneming – van voordeel verkregen uit het feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld – behouden gebleven. Deze 'oude' ontnemingsmaatregel vindt zijn grondslag, zoals uit het rapport van de Commissie Vermogensstraffen en de parlementaire geschiedenis van de Wet Vermogenssancties blijkt (zie nr. 65-71), niet in principiële overwegingen met betrekking tot de bestrijding van 'vormen van uiterst lucratieve criminaliteit'. Genoemd is toentertijd wel het streven naar conflictoplossing en, meer in algemene zin, het terugdringen van de korte vrijheidsstraf. Uit de toelichting op de ontnemingswetgeving blijkt niet dat de wetgever de 'oude' mogelijkheid van voordeelsontneming van een andere grondslag heeft willen voorzien.

Ten tweede, uit de wijze waarop de ontnemingsmaatregel en de daaraan verbonden strafvorderlijke voorzieningen, zoals het SFO, zijn genormeerd, blijkt eveneens niet van een principiële beperking in toepasbaarheid tot de genoemde vormen van criminaliteit. Op een aantal onderdelen wordt wel het vereiste gesteld dat er sprake is van een strafbaar feit waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (art. 36e leden 2 en 3 Sr, 94a, 126 lid 1 Sv). Hierdoor bestaat er een beperking tot de meer ernstige misdrijven, maar er worden geen nadere eisen gesteld voor wat betreft bepaalde type misdrijven (zoals de handel in drugs of vermogensdelicten) of de (vermoedelijke) opbrengst van die misdrijven (zie ook nr. 152). De conclusie is dan ook dat de verwijzingen van de minister naar de noodzaak van de bestrijding van vormen van lucratieve criminaliteit slechts bestemd zijn ter onderbouwing van de noodzaak van de invoering van het gehele door de ontnemingswetgeving omvatte pakket aan wijzigingen en uitbreidingen van de bestaande bevoegdheden. Deze verwijzingen hebben niet steeds betrekking op de concrete vormgeving van de verschillende onderdelen van de ontnemingswetge-

52 Zie Memorie van Antwoord, p. 1, 36, Eindverslag, p. 2, Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 4, Handelingen TK 3 juni 1992, p. 5144, Memorie van Antwoord I, p. 6, 9, en Handelingen EK 8 december 1992, p. 351.

ving.⁵³ In het verlengde daarvan kan men constateren dat de ontnemingswetgeving niet zozeer gericht is op de afwending van specifieke gevaren die uitgaan van de bepaalde vormen van criminaliteit. Het fundament van de ontnemingsmaatregel ligt veeleer in de besliste *onwenselijkheid* van het voorhanden zijn van uit strafbare feiten verkregen vermogen.⁵⁴

2.3 Het karakter van het (erweiterte) Verfall

109. De beschouwing over de karaktertrekken van de ontnemingsmaatregel kan verder worden uitgediept door kennis te nemen van de wijze waarop in de Duitse dogmatiek het *Verfall* wordt gekarakteriseerd. Hieruit destilleer ik een aantal gezichtspunten waarvan een nadere beschouwing voor de Nederlandse ontnemingsmaatregel van belang is.

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen het karakter van het *Verfall* (in het StGB en het OWiG) onder gelding van het *Nettoprinzip* en de verandering die daarin is gekomen door de invoering van het *Bruttoprinzip*. Ik doel hier op de in nr. 89 beschreven wetswijziging uit 1992 waardoor het *Verfall* zich niet meer richt op het 'Vermögensvorteil' maar op 'etwas'. Dit heeft tot gevolg dat er meer zou mogen worden ontnomen dan de betrokkene aan wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. Eén van de gevolgen van deze wijziging is dat de literatuur het karakter van het *Verfall* anders is gaan benoemen. De meeste aandacht in de navolgende beschrijving gaat evenwel uit naar het karakter onder de gelding van het *Nettoprinzip*, aangezien de Nederlandse ontnemingsmaatregel hiermee meer verwantschap toont. De ontnemingsmaatregel richt zich immers niet op elke opbrengst van een strafbaar feit, maar op het *voordeel* van de betrokkene.⁵⁵

Een tweede inleidende opmerking betreft het belang van de karakterisering van de ontnemingssanctie in het Duitse recht. Op grond van de jurisprudentie van het Duitse constitutionele hof geldt dat indien een strafrechtelijke sanctie een straf is of als zodanig moet worden gekwalificeerd, de oplegging van deze sanctie in overeenstemming moet zijn het *Schuldprinzip*.⁵⁶ Dat houdt in dat de sanctie moet

53 In vergelijkbare zin met betrekking tot het rapport-Schutte: Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 202-204. Zij vrezen dan ook '(...) dat de door de werkgroep [Schutte; MJB] voorgestelde maatregelen vooral zullen worden toegepast tegen "gewone" vermogensdelinquenten.'

54 Vgl. ook Balkema in: Jonkers e.a. (losbl.), p. IV-14-18, IV-20-24 (suppl. 48), en, meer in het algemeen met betrekking tot de maatregel, Kooijmans 2000a, p. 123, en Kooijmans 2000b, p. 595.

55 Zie voor de nadere uitwerking van het begrip 'voordeel', ook in vergelijking met het begrip 'Vermögensvorteil', hoofdstuk 6.

56 Zie voor een kort overzicht van deze jurisprudentie Dannert 1998, p. 23-25. Samengevat luidt de constitutionele strafdefinitie: 'Eine Strafe ist (...) jeder Rechtsnachteil, den der Gesetzgeber an einen von ihm mißbilligten Sachverhalt anknüpft hat, um damit general- und spezialpräventiv zu wirken und vom Standpunkt der Rechtsordnung ein spezifisches Unwerturteil über Tat und Täter auszusprechen.' Zie Dannert 1998, p. 25.

berusten op verwijtbaar gedrag en gerelateerd moet zijn aan de mate waarin de betrokkene een verwijt kan worden gemaakt. Indien een sanctie door de wetgever niet is aangeduid als *Strafe*, is het van belang om vast te stellen of de betreffende sanctie wellicht een *strafähnliche Maßnahme* is en derhalve onderworpen is aan het *Schuldprinzip*. Dit constitutionele aspect speelt in de Duitse dogmatiek een belangrijke rol.

110. Bij de bestudering van de literatuur over het karakter van het *Verfall* (voor de invoering van het *Bruttoprinzip*) blijkt de stellingname van Eser, zoals verdedigd in zijn proefschrift,⁵⁷ het meest invloedrijk te zijn geweest. Eser stelt dat de voordeelsontneming in hoofdzaak moet worden gebaseerd op de overweging dat tegenover het verkrijgen van wederrechtelijk voordeel telkens kosten van anderen staan.⁵⁸ Deze kosten kunnen bestaan uit concreet te berekenen schade van individuen, maar er kan ook sprake zijn van schade aan meer abstracte rechtsgoederen zoals bijvoorbeeld de volksgezondheid. Zo kan het overtreden van levensmiddelenvoorschriften – denk aan de Warenwet – door een producent leiden tot concrete schade van een individu, maar het voordeel dat wordt behaald met die overtreding gaat tevens in meer algemene zin ten koste van de gezondheid van alle klanten. Het is vervolgens ‘ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit’ dat de bevoordeling die de dader heeft ondervonden, weer wordt teruggedraaid. Met de ontneming wordt, volgens Eser, dan niet zozeer gehandeld in het belang van een aanvulling of verscherping van de straf, of van een individuele aanspraak op schadevergoeding, maar:

Im Vordergrund steht hier vielmehr die legitime Aufgabe des Staates, als *Repräsentant der Allgemeinheit* für eine Wiedergutmachung der ihr zugefügten Schäden und damit für eine Wiederherstellung der gestörten Gesamtordnung zu sorgen. Insofern wird die Einziehung unrechtmäßiger Tatvorteile von einer quasi-konditionellen *Ausgleichsfunktion* bestimmt.⁵⁹

Het ‘quasi-konditionelle’ duidt daarbij op de gelijkenis met de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.⁶⁰

De rechtvaardiging die Eser voor de voordeelsontneming geeft, sluit in hoofdlijnen aan bij hetgeen in hoofdstuk 2 over *corrective justice* is opgemerkt.

57 Eser 1969. De beschouwingen van Eser hebben alleen betrekking op het *Verfall* van § 73 StGB en niet op § 29a OWiG. Dit laatste voorschrift is pas in 1986 ingevoerd. Vgl. nr. 88.

58 Eser 1969, p. 120-121.

59 Eser 1969, p. 121 (originele cursivering). Vgl. ook Schönke/Schröder-Eser, Rn. 18 vor § 73.

60 Deze vordering wordt in het Duitse recht aangeduid als (*Eingriffs-* of *Rückgriffs*)*kondition*. Zie bijvoorbeeld Larenz/Canaris 1994, § 67 I 2. Voor alle duidelijkheid: de Duitse actie uit ongerechtvaardigde verrijking omvat ook de – wat naar Nederlands recht heet: – actie uit onverschuldigde betaling.

In deze laatste benadering speelt de wederkerigheid in de zin dat het behalen van voordeel telkens op kosten van een ander geschiedt, iets minder nadrukkelijk een rol. Maar ook in die opvatting wordt het beoogde rechtsherstel geënt op de verstorning van de rechtsorde, welke naast het slachtoffer tevens de maatschappij als geheel raakt. Bij een nadere beschouwing blijkt dat in de opvatting van Eser de wederkerigheid tussen het verkrijgen van het voordeel en het veroorzaken van het nadeel primair op het niveau van de *grondslag* van de voordeelsontneming een rol speelt.⁶¹ De tenuitvoerlegging van een ontnemingssanctie hoeft niet daadwerkelijk te leiden tot het wegnemen van de schade.⁶²

In de rechtvaardiging voor de voordeelsontneming zoals Eser die schetst, ligt verder besloten dat ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel ook mag geschieden indien de dader geen verwijt treft. Zonder veel omhaal stelt hij dat, omdat er geen sprake is van een *Strafe* met het daaraan verbonden *sozialethisches Unwerturteil* over de dader, er geen reden is om de verwijtbaarheid van de dader te vereisen. 'Als solche geht es ihr (...) allein um eine quasi-konditionelle Entziehung der dem Empfänger auf Kosten anderer zugeflossenen Vorteile.'⁶³ In deze redenering komt (wederom) de verwantschap met de civielrechtelijke actie uit ongerechtvaardigde verrijking naar voren. Voor deze actie is eveneens niet noodzakelijk dat de verrijkte een verwijt treft ter zake van die verrijking.⁶⁴

111. Vanuit het hiervoor geschetste kader oordeelt Eser dat zowel de mogelijkheid van *Mehrerlösabführung* (§ 8 WiStG en de voorlopers daarvan) als het *Verfall* in het StGB (tot 1992) als een *quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme* zijn te bestempelen.⁶⁵ Zowel overtredingen van de prijsvoorschriften als het begaan van strafbare feiten leiden ertoe dat het voordeel wordt verkregen op kosten van degenen die de strafrechtelijke bepalingen beogen te beschermen. De *Mehrerlösabführung* en het *Verfall* zijn dan ook bestemd ter herstel van de verkrijging van het wederrechtelijke voordeel. Eser stelt evenwel ook dat de herstelgedachte achter de voordeelsontneming in relatie staat met de werking van de straf. Zo kan het ontnemen van voordeel niet los worden gezien van een zekere mate van afschrik-

61 Zo acht Eser het onjuist om het ontnemen van een beloning die de dader voor zijn handelen heeft verkregen (het *Entgelt*), onder de *Ausgleichsfunktion* van de ontnemingssanctie te scharen. Degene die de beloning ter beschikking stelt, geldt namelijk niet als een persoon die door het strafbare feit is benadeeld. In deze gevallen zou verbeurdverklaring (*Einzziehung*) uitkomst moeten brengen. Zie Eser 1969, p. 127, 335-336. Op grond van § 73 Abs. 1 StGB strekt het *Verfall* zich overigens wel uit tot hetgeen 'für' het strafbare feit is verkregen. Zie ook Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 8, en Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73, Rn. 3c.

62 In zijn uiteenzetting van het voordeelsbegrip (*Vermögensvorteil*) legt Eser bijvoorbeeld een relatie tussen de veroorzaakte schade en het verkregen voordeel, maar dit leidt er niet toe dat hij de omvang van het voordeel en de schade principieel gelijkstelt. Zie Eser 1969, p. 291-294, 334-335.

63 Eser 1969, p. 286.

64 Zie § 812 Abs. 1 BGB, waarin alleen het ontbreken van 'rechtlichen Grund' wordt vereist.

65 Zie Eser 1969, p. 84-85, 284-285.

king en daarnaast maakt de ontneming zich dienstbaar aan het straffen in die zin dat pas door de ontneming van het voordeel de betrokkene werkelijk gevoelig wordt voor zijn straf. Doch er blijft een verschil bestaan tussen het wezen van de straf en het wezen van de ontneming, het rechtsherstel.⁶⁶

In de nadien verschenen literatuur wordt de aanduiding van het *Verfall* in het StGB en later ook in het OWiG (tot de invoering van het *Bruttoprinzip*) in navolging van Eser veelal aangeduid als een *quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme* of op een daarop gelijkende wijze.⁶⁷ Ook in deze literatuur wordt niet ontkend dat het *Verfall* tot op zekere hoogte verband houdt met de werking van de straf, maar het wezen van het *Verfall*, het bewerkstelligen van rechtsherstel, leidt er toe dat er geen sprake is van een *strafähnliche Maßnahme*.⁶⁸

112. Een kentering van de karakterisering van het *Verfall* als *quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme* vindt plaats door de invoering van het *Bruttoprinzip*. Deze wijziging bestaat in hoofdzaak uit het vervangen van het begrip 'Vermögensvorteil' in 'etwas' in § 73 StGB en § 29a OWiG. De reden voor deze wijziging is primair van praktische aard: het *Nettoprinzip* vereist een vaststelling van de kosten, hetgeen met zich meebrengt dat de rechter de feitelijke grondslag van die kosten op basis van bewijsmiddelen moet vaststellen. Dit vereiste bemoeilijkt de toepassing van het *Verfall*.⁶⁹ Daarnaast wijst de regering op § 817 S. 2 BGB, op grond waarvan – kort gezegd – een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is uitgesloten met betrekking tot transacties die in strijd met de wet hebben plaatsgevonden. De daaraan ten grondslag liggende gedachte – handelingen tegen de wet verdienen geen bescherming van het recht⁷⁰ – brengt met zich mee dat kosten die samenhangen

66 Eser 1969, p. 86, 284. Vgl. ook p. 89-97.

67 Eberbach 1987, p. 490, Schultehinrichs 1991, p. 6, Jescheck & Weigend 1996, p. 792, en Dannert 1998, p. 26-28, sluiten zich expliciet aan bij de opvatting van Eser. Andere auteurs hanteren een afwijkende terminologie, maar komen eveneens tot de slotsom dat het *Verfall* geen straf is, maar een op rechtsherstel gerichte maatregel. Zie Güntert 1983, p. 17, Schmitt 1984, p. 296, LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 4, Lenz 1986, p. 210, KK OWiG -Wilts 1989, § 29a, Rn. 2, Franzheim 1992, p. 142, A. Hoyer 1993, p. 414, en Drathjer 1997, p. 35-36 (OWiG), 40-44 (WiStG). Een afwijkende opvatting met betrekking tot het karakter van het *Verfall* is te vinden bij Maurach/Zipf 1989, § 61 II, Rn. 15.

68 Met betrekking tot de *Geldbuße*, waarbij als minimum het bedrag van het *wirtschaftlichen Vorteil* geldt (§ 17 Abs. 4, en 30 Abs. 4 OWiG), wordt doorgaans aangenomen dat er in wezen sprake is van twee sancties: de boete werkt primair als een voordeelsontnemende sanctie, en voorts, voor zover het bedrag van de boete boven het voordeel uitgaat, als een 'klassieke' geldboete. Zie KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 11, en Müther 1999, p. 51. Andere auteurs hanteren een iets afwijkende omschrijving: het gaat hier om een strafmaatbepaling welke garandeert dat de hoogte van de boete een adequate reactie is op de overtreding en de daaruit verkregen winst. Zie Drathjer 1997, p. 30-31, Göhler 1998, § 17, Rn. 38, en Lemke 1999, § 17, Rn. 29.

69 Vgl. ook A. Hoyer 1993, p. 409.

70 Vgl. Larenz/Canaris 1996, § 68 III 3a.

met strafbare feiten bij de toepassing van het *Verfall* buiten beschouwing zouden moeten blijven.⁷¹

In de literatuur wordt betoogd dat de gevolgen van deze wijziging verstrekken-der zijn dan enkel het *Verfall* te bevrijden van een praktisch probleem en beter te laten aansluiten bij het civiele recht.⁷² Onder een 'Vermögensvorteil' wordt het voordeel, dat wil zeggen: de winst of de netto-opbrengst, van een strafbaar feit verstaan.⁷³ Door de ontneming van dit voordeel komt de dader weer in de oude, rechtmatige toestand te verkeren. Wordt hem echter meer dan dit voordeel ontnomen, hetgeen gebeurt met de ontneming van de gehele opbrengst ('etwas'), dan komt hij in vergelijking met de situatie waarin het strafbare feit niet zou zijn begaan, in een slechtere financiële positie te verkeren. Hetgeen te veel wordt ontnomen, komt overeen met de hoogte van de gemaakte kosten. De consequentie hiervan is, zo luidt het meerderheidsstandpunt in de literatuur, dat hetgeen wat aan de dader meer wordt ontnomen dan hij feitelijk aan voordeel heeft verkregen, als '(...) ein über die Gewinnabschöpfung hinausgehendes, gegen ihn [de dader; MJB] selbst gerichtetes und tatvergeltendes Strafübel (...)'⁷⁴ werkt. Dit leedtoevoegende element van het *Verfall* moet als *strafähnlich* worden beschouwd.⁷⁵ Het (constitutionele) gevolg hiervan is dat op grond van het *Schuldprinzip* deze straf-component van het *Verfall* moet zijn gebaseerd op verwijtbaar gedrag. Nu § 73 StGB en § 29a OWiG alleen een *rechtswidrige Tat* verlangen, is het *Bruttoprinzip* in principe niet te verenigen met het *Schuldprinzip*. Derhalve moet als aanvullende eis worden gesteld dat de rechter het *Verfall* alleen op basis van het *Bruttoprinzip*

71 Zie *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze*, BT-Dr. 12/1134, p. 12. De invoering van het *Bruttoprinzip* hangt tevens samen met de invoering van het *erweiterte Verfall* dat zich richt op uit misdaad afkomstige voorwerpen. Daarmee omvat het *erweiterte Verfall* in principe de bruto-opbrengst. Zie BT-Dr. 11/6623, p. 11, 13, BT-Dr. 11/7663, p. 21-22, en BT-Dr. 12/989, p. 23.

72 Zie voor een overzicht Wolters 1995, p. 48-50. Met betrekking tot het beroep op § 817 S. 2 BGB merkt Franzheim 1992, p. 144-145, op dat het maken van bepaalde kosten op zichzelf niet in strijd met de wet hoeft te geschieden. Men kan op volstrekt legitieme gronden zaken aanschaffen, die men vervolgens bij de uitvoering van een strafbaar feit aanwendt.

73 Zie nader nr. 278. Ik merk op deze plaats nog op dat het *Nettoprinzip* door de rechtspraak en vrijwel alle auteurs uit het begrip *Vermögensvorteil* zelf wordt afgeleid. Een uitzondering is Franzheim 1992, p. 142-143, die een verband legt tussen dit begrip en het rechtsherstellende karakter van het *Verfall*.

74 Eser 1993, p. 844.

75 Zie WeBlau 1991, p. 231-232, Franzheim 1992, p. 143, Eser 1993, p. 843-844, A. Hoyer 1993, p. 414-415, 421, Jescheck & Weigend 1996, p. 792-793, Drathjer 1997, p. 38 (OWiG), Lackner 1997, § 73, Rn. 4b, Schönke/Schröder-Eser 1997, Rn. 19 vor § 73, Dannert 1998, p. 28-30, en Tröndle/Fischer-Fischer, § 73, Rn. 1c. Zie voor andersluidende opvattingen: Göhler 1992, Kaltholnigg 1994, Wolters 1995, p. 63-95, en Kracht 2000, p. 328-330. In een – onduidelijk gemotiveerde – uitspraak van 1 maart 1995 heeft het BGH in het kader van de vraag of het *erweiterte Verfall* van invloed is op de straftoemeting, aangegeven het meerderheidsstandpunt uit de literatuur niet te volgen. Zie BGH 1 maart 1995, NJW 1995, p. 2235-2236, NStZ 1995, p. 491-492. Rechtspraak die (rechtstreeks) toeziet op de relatie tussen het *Bruttoprinzip* en het *Schuldprinzip* is niet voorhanden.

toepast voor zover de betrokkene in het concrete geval een verwijt kan worden gemaakt. Ontbreekt de schuld, dan zou de rechter het *Verfall* moeten limiteren tot het voordeel, de netto-opbrengst.⁷⁶

2.4 Nadere analyse van het karakter van de ontnemingsmaatregel

2.4.1 Inleiding

113. Uit de wijze waarop in het Duitse recht de ontneming wordt gekarakteriseerd, blijkt dat zowel in Nederland als in Duitsland (tot de invoering van het *Bruttoprinzip*) het begrip 'rechtsherstel' een kernbegrip is. Hieronder analyseer ik de betekenis van dit begrip voor het karakter van de Nederlandse ontnemingsmaatregel nader. Daartoe ga ik in op drie aspecten die in het Duitse recht een prominente rol spelen: a. de verwevenheid met het civiele recht, b. het abstraheren van de verwijtbaarheid, en c. de limiet die uit het nagestreefde rechtsherstel voortvloeit.

2.4.2 De verwevenheid met het civiele recht

114. De Duitse dogmatiek – in het bijzonder de opvatting van Eser – ziet de grondslag van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel in een rechtvaardigheidsgedachte die nauw verband houdt met de civielrechtelijke herstelverplichting. Het verkrijgen van het voordeel gaat immers gepaard met een zeker nadeel dat wordt geleden door een individuele benadeelde of door de gemeenschap, al ligt de nadruk niet zozeer op de vergoeding van de schade maar op de ontneming van de verrijking (het voordeel). Vanuit dat perspectief wordt gewezen op de verwantschap met de actie uit ongerechtvaardigde verrijking: er is sprake van een *quasi-konditionelle* herstelmaatregel.

Ook voor de Nederlandse ontnemingsmaatregel kan de vraag worden gesteld of de grondslag van deze maatregel verband houdt met het civiele recht. Twee constatering zijn van belang. Ten eerste, de minister heeft tot uitdrukking gebracht, zoals ook in nr. 96 is geciteerd, dat de ontnemingsmaatregel 'een zeker civielrechtelijk karakter' heeft. Deze stelling wordt door de minister niet nader uitgewerkt. Ook verdere verwijzingen naar dit civielrechtelijke karakter komen in de kamerstukken niet voor, althans voor zover het gaat om de grondslag van de ontnemingsmaatregel. De overige verwijzingen naar het civiele recht houden

76 Zie Franzheim 1992, p. 145-146, A. Hoyer 1993, p. 422, Jescheck & Weigend 1996, p. 793, en Schönke/Schröder-Eser 1997, Rn. 19 vor § 73, en § 73, Rn. 17a. Voor zover de toepassing van het *Bruttoprinzip* in gevallen waarin er wel sprake is van schuld, een onredelijke uitwerking heeft, zou de rechter dit kunnen compenseren in de totale strafoplegging. Zie Eser 1993, p. 853, en Lackner 1997, § 73, Rn. 4c. Met betrekking tot § 29a OWiG wijst Franzheim 1992, p. 146, op het niet-toepassen van de sanctie. Zie echter ook Drathjer 1997, p. 52-53.

met name verband met onderdelen van de ontnemingswetgeving die primair zijn gebaseerd op of ontleend aan het civiele recht, zoals bijvoorbeeld de afstemming van de ontnemingsmaatregel met de aanspraken van de door het strafbare feit benadeelde derden (art. 36e lid 6 Sr).⁷⁷ Ten tweede, in de literatuur en de lagere rechtspraak wordt soms, doorgaans ter explicatie van het één of ander, verwezen naar *het* civielrechtelijk karakter.⁷⁸ Wat dat civielrechtelijke karakter precies inhoudt, anders of meer dan het rechtsherstel waar de minister zich op baseert, wordt daarbij niet uit de doeken gedaan.

De onduidelijkheid over de verwantschap tussen het karakter van de ontnemingsmaatregel en (onderdelen van) het civiele recht kan worden weggenomen door te onderzoeken of de wetgever zou kunnen hebben beoogd om met de ontnemingsmaatregel – in mindere of meerdere mate – een civielrechtelijk leerstuk in het strafrecht toe te passen. Ik richt daartoe kort het vizier op de ongerechtvaardigde verrijking en op de winstafracht bij onrechtmatig handelen.⁷⁹ Ik ga daarbij uit van het geldende Nederlandse privaatrecht.

115. Op grond van art. 6:212 BW is degene die ongerechtvaardigd is verrijkt, terwijl een ander daardoor is verarmd, verplicht de schade van de verarmde te vergoeden voor zover dit redelijk is. De ratio van dit voorschrift is hoofdzakelijk gelegen in de billijkheid, op grond waarvan een verrijking van de één ten koste van een ander ontoelaatbaar is indien daar geen rechtvaardigingsgrond voor aanwezig is.⁸⁰ Het verkrijgen van de verrijking behoeft overigens niet te betekenen dat de verrijkte ook onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de verarmde.⁸¹

77 Verder gaat het om de van overeenkomstige toepassing verklaring van de rechtsvorderlijke beslagformaliteiten (art. 94c Sv), de mogelijkheid tot indiening van een ontnemingsmaatregel als voorwaardelijke vordering in faillissement (art. 94d lid 3 Sv) en de mogelijkheid van het instellen van de actio Pauliana (art. 94d leden 1, 2 en 4 Sv). Het civiele recht wordt voorts nog genoemd bij de interpretatie van het met betrekking tot de ontnemingsmaatregel geldende bewijsrecht. Zie daaromtrent nr. 9.

78 Zie bijvoorbeeld de opvatting van Punt over het voordeelsbegrip (besproken in nr. 250-253), de noot van Schalken onder HR 16 april 1996, NJ 1998, 631, en Keulen 1999, p. 62 (daarover hierna ook noot 111). Vgl. ook Groenhuijsen, Van der Neut & Simmelink 1997, p. 13, die stellen dat het voor de interpretatie van de ontnemingswetgeving van belang is of deze geschiedt vanuit civielrechtelijk of strafrechtelijk oogpunt. Zie voor wat betreft de rechtspraak nr. 416.

79 Ik beperk mij tot deze twee rechtsfiguren, omdat deze mijns inziens de meeste gelijkenis tonen met een ontnemingsvordering. Op deze plaats noem ik nog de onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW). Weliswaar speelt ook hier de gedachte dat het in strijd met de rechtsorde is indien iemand in het bezit zou blijven van een betaling die geen redelijke grond kent en staat bij toewijzing van de vordering het herstel van de rechtmatige toestand (door ongedaanmaking van de betaling) voorop. Het slagen van een vordering uit onverschuldigde betaling is echter niet direct gerelateerd aan een verrijking van de ontvanger. De grondslag van de onverschuldigde betaling is namelijk gelegen in het ontbreken van een rechtsgrond voor de *verrichte prestatie*. Vgl. Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 315, 322.

80 Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 351.

81 Vgl. Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 360, en Vriesendorp 2000, nr. 325.

De vergoedingsplicht bij ongerechtvaardigde verrijking kent twee limieten. Allereerst gaat de vergoedingsplicht niet het bedrag van de verrijking te boven (art. 6:212 lid 1 BW). Daarnaast omvat de vergoedingsplicht nooit meer dan de schade. De ongerechtvaardigd verrijkte is immers gehouden *schadevergoeding* te betalen. Indien het bedrag van de schade lager is dan het bedrag van de verrijking, behoeft hij niet het gehele bedrag van de verrijking af te staan. Aldus is de verrijking wel de aanleiding om de verarming ongedaan te maken, maar daardoor hoeft de verrijking niet geheel teniet te gaan.⁸²

De ontnemingsmaatregel en de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kunnen niet geheel op één lijn worden gesteld.⁸³ De hoogte van de betalingsverplichting wordt bij de ontnemingsmaatregel niet beperkt door het bedrag van enige schade die tengevolge van het strafbare feit is geleden. Art. 36e lid 6 Sr kan niet als een dergelijke regel worden opgevat. Deze omvat niet meer dan een regeling voor de samenloop van (de betalingsverplichting voortvloeiende uit) een ontnemingsmaatregel en een schadevergoedingsplicht. Ook andere voorschriften die ten aanzien van de ongerechtvaardigde verrijking gelden,⁸⁴ kennen geen pendant in art. 36e Sr. Er bestaat dus alleen op het niveau van de ratio van de regeling verwantschap tussen de ontnemingsmaatregel en de ongerechtvaardigde verrijking, en wel voor wat betreft de gedachte dat een verrijking in overeenstemming met het recht (gerechtvaardigd) behoort te zijn. Maar de verrijkingsactie is, anders dan de ontnemingsmaatregel, toegespitst op het schadeloos stellen van degene die tengevolge van de verrijking is verarmd.

116. Een andere en op het eerste gezicht meer verwante rechtsfiguur komt naar voren in art. 6:104 BW, dat bepaalt:

Indien iemand op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad

82 Zie Vriesendorp 2000, nr. 312: 'Het feit dat verrijking en verarming conceptueel elkaars spiegelbeeld zijn, betekent niet zonder meer dat de hoogte van de verrijking en de verarming gelijk moet zijn.' Zie nader over de vergoedingsplicht bij ongerechtvaardigde verrijking: Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 363-364, en Vriesendorp 2000, nr. 322. Vgl. ook Spier 1992, nr. 32.

83 Vgl. ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 93-94. Men zou dit voorts kunnen afleiden uit de volgende opmerking van de minister: 'Het teniet doen van een onrechtmatige toestand hoeft niet uitsluitend het verschaffen van [een] bepaald goed aan een individuele benadeelde te betreffen. Het vermogensbestanddeel kan ook weggenomen worden bij degene die zonder goede rechtvaardige titel daarover beschikt.' Zie Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5198.

84 Art. 6:212 lid 2 BW bepaalt dat de vergoedingsplicht geen verrijking omvat die na de verkrijging ervan is verminderd als gevolg van een omstandigheid die de verrijkte niet kan worden toegerekend. Zulks geldt ook indien de vermindering heeft plaatsgevonden in de periode waarin de verrijkte redelijkerwijze met een verplichting tot vergoeding van de schade geen rekening hoeft te houden (art. 6:212 lid 3 BW). Zie hierover nader Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 366, en Vriesendorp 2000, nr. 321.

of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of een gedeelte ervan.

Op grond van deze bepaling zou men kunnen menen dat een vordering tot winstafdracht bij onrechtmatig handelen en het ontnemen van voordeel dat tengevolge van het begaan van een strafbaar feit is verkregen, vrijwel samenvallen. Immers, art. 6:104 BW lijkt de mogelijkheid te bieden te abstraheren van de schade die de benadeelde heeft geleden, en hiervoor in de plaats het bedrag van de winst te stellen. Hoewel deze benadering verdedigbaar is, wijst het positieve recht in een andere richting.

Art. 6:104 BW rust op een tweeslachtige gedachte.⁸⁵ Enerzijds berust de bepaling op de gedachte dat het onredelijk is indien degene die zich onrechtmatig heeft verrijkt, over die verrijking kan blijven beschikken. Dit pleit voor een plicht tot het afdragen van de onrechtmatig verkregen winst. Anderzijds wordt art. 6:104 BW opgevat als een bijzondere wijze van *schadeberekening*, bestemd voor gevallen waarin de concreet geleden schade zich moeilijk laat vaststellen. Te denken valt bijvoorbeeld aan schade die een producent lijdt tengevolge van onrechtmatige concurrentie door een collega-producent. In 1993 heeft de Hoge Raad overwogen dat art. 6:104 BW in laatstgenoemde zin moet worden opgevat:

Art. 6:104 geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, een "vordering tot winstafdracht", doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan. (...) De in het artikel bedoelde wijze van begroting komt neer op een vorm van abstracte schadeberekening, waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan, zodat zodanig nadeel bij onzekerheid niet door de eiser behoeft te worden aangetoond. (...) In één en ander ligt (...) besloten dat de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade ontstaan kan zijn.⁸⁶

Kortom: art. 6:104 BW ziet toe op een bijzondere vorm van schadevergoeding. Derhalve kan het voorschrift alleen worden toegepast voor zover er sprake is van schade en deze schade zich niet eenvoudig laat vaststellen. Uitgaande van deze

85 Deze tweeslachtigheid komt naar voren in de parlementaire geschiedenis, de lagere rechtspraak en de literatuur. Zie voor een overzicht Deurvorst in: Bloembergen e.a. (losbl.), aant. 2 en 4 op art. 6:104.

86 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421, m.nt. CJHB. Zie voor kritiek op de motivering en de keuze van de Hoge Raad: Spier 1996, en Scholman 1997.

uitleg van art. 6:104 BW vertoont de ontnemingsmaatregel weinig verwantschap met het begroten van de schade op het bedrag van de winst.

In de literatuur zijn er overigens wel voorstanders voor een (werkelijke) vordering tot winstafracht, waarbij aan de vraag of er schade is geleden voorbij mag worden gegaan. Zij achten het in het algemeen billijker dat degene op wiens rechten een inbreuk is gemaakt, over de daaruit voortvloeiende winst komt te beschikken, dan dat deze winst bij de overtreder blijft.⁸⁷ Vermeldenswaardig in dit verband is dat het intellectuele eigendomsrecht enkele bepalingen kent die een (werkelijke) vordering tot winstafracht mogelijk maken.⁸⁸ Maar ook het bestaansrecht van deze bepalingen rust in hoofdzaak op het praktische probleem dat bij een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht de geleden schade zich moeilijk laat bewijzen en berekenen. Een expliciete bedoeling om de winstafracht ook buiten dat kader mogelijk te maken, komt niet naar voren.⁸⁹

117. Uit dit overzicht blijkt dat de gedachte dat niemand van gedragingen die hij in strijd met het recht verricht, mag profiteren, ook in het civiele recht een rol speelt. Men kan echter niet stellen dat deze gedachte de enige grondslag vormt voor rechtsfiguren als de ongerechtvaardigde verrijking en de vergoedingsplicht van art. 6:104 BW. Deze figuren zijn in essentie gericht op de vergoeding van door de benadeelde geleden schade. Hierdoor bestaat er een fundamenteel verschil met de ontnemingsmaatregel. Het rechtsherstel dat met de ontnemingsmaatregel wordt nagestreefd, dient immers te worden bewerkstelligd vanuit het perspectief van de betrokkene en niet vanuit het perspectief van de benadeelde. Het gaat erom, zoals de minister zelf duidelijk aangeeft, dat '(...) de veroordeelde in de vermogenspositie wordt gebracht die zou hebben bestaan indien hij niet onrechtmatig had gehandeld.'⁹⁰ Dit betekent dat voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel moet worden gekeken naar de financiële consequenties van het strafbare feit zoals die zich in het vermogen van de betrokkene, en niet van de benadeelde, hebben

87 Zie bijvoorbeeld Bloembergen 1965, nr. 71, Schoordijk 1986, p. 12-13, 25 (die de vordering tot winstafracht in verband brengt met de ongerechtvaardigde verrijking), Spier 1992, nr. 29, 30, 36 (*in fine*), als ook Spier 1994, p. 90, 92. Het legitimatieprobleem van een dergelijke vordering tot winstafracht schuilt mijns inziens aan de ontvangstzijde. Dat de laedens de onrechtmatig verkregen winst in principe niet mag behouden, is niet moeilijk te rechtvaardigen. Doch is het billijk dat de gelaedeerde daar wel over komt te beschikken? Vgl. ook Deurvorst 1994, p. 174, die de vraag opwerpt of de winst niet ten goede van de staat zou moeten komen. Ter vergelijking: de opbrengst van de ontnemingswetgeving wordt toegevoegd aan de tegoeden van het ministerie van Justitie, maar komt – bij mijn weten – niet rechtstreeks ten goede aan een bepaald onderdeel van dat ministerie.

88 Zie bijvoorbeeld art. 70 lid 4 ROW, 27a lid 1 Aw, en 16 lid 1 WNR. Een volledig overzicht is te vinden bij Deurvorst in: Bloembergen e.a. (losbl.), aant. 6 op art. 6:104.

89 Zie daarover Deurvorst 1994, p. 170-171.

90 Memorie van Antwoord, p. 26. Vgl. ook Memorie van Antwoord, p. 34, Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 3, en Memorie van Antwoord I, p. 9.

voorgedaan. Gelet op dit verschil tussen de ontnemingsmaatregel en de besproken civiele rechtsfiguren is het niet aannemelijk⁹¹ dat de wetgever, ondanks de verwijzing naar een zeker civielrechtelijk karakter, daadwerkelijk heeft beoogd binnen het strafrecht een in essentie aan het civiele recht ontleende rechtsfiguur te willen introduceren.

2.4.3 Het abstraheren van de verwijtbaarheid

118. Een tweede aspect van het Duitse recht dat aanleiding geeft voor een nadere analyse van het karakter van de ontnemingsmaatregel, betreft het abstraheren van de verwijtbaarheid. Dit hangt nauw samen met de nauwe verwevenheid met de actie uit ongerechtvaardigde verrijking die men aldaar aan het *Verfall* ten grondslag legt. Het gaat om een wezenlijk element van het karakter van het (tot de invoering van het *Bruttoprinzip* geldende) *Verfall*. Dit blijkt met name uit de discussie omtrent de gevolgen van de invoering van het *Bruttoprinzip*. Voor alle duidelijkheid: het *Verfall* heeft betrekking op een *rechtswidrige Tat*. Dit betekent dat het feit *rechtswidrig* en *tatbestandmäßig* moet zijn (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB). Bij de vaststelling hiervan wordt geabstraheerd van de verwijtbaarheid van de dader.⁹²

119. In het Nederlandse recht kan een ontnemingsmaatregel alleen worden opgelegd na een veroordeling wegens een strafbaar feit. De wetgever heeft op dit onderdeel afgeweken van een voorstel van de werkgroep-Schutte om die oplegging ook mogelijk te maken bij vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging, mits is vastgesteld dat de betrokkene het strafbare feit heeft begaan.⁹³ Men kan zich afvragen of het niet-overnemen van dit voorstel duidt op een principiële overweging aangaande het karakter van de ontnemingsmaatregel.⁹⁴ De werkgroep motiveert het voorstel als volgt:

91 Maar ook niet geheel uitgesloten: het arrest van de Hoge Raad omtrent de (volgens hem juiste) uitleg van art. 6:104 BW is pas na de inwerkingtreding van de ontnemingswetgeving geweest.

92 Wel moet er ten aanzien van opzet- en nalatigheidsdelicten worden vastgesteld of aan de betreffende gedraging naar objectieve maatstaven opzet dan wel nalatigheid ten grondslag ligt. Zie over deze weerbarstige materie onder andere Güntert 1983, p. 31-33, LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 8, Wolters 1995, p. 29-34, Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 4-5, en Drathjer 1997, p. 51, 53-55.

93 Eindrapport-Schutte 1988, p. 5. In de woorden van de werkgroep gaat het om een oplegging van een ontnemingsmaatregel aan degene '(...) te wiens aanzien, blijkens een rechterlijke beslissing niettegenstaande vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging, is vastgesteld dat hij een strafbaar feit heeft begaan (...)'. Zie voor kritiek op dit voorstel Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 160-167, 201.

94 In nr. 104-105 heb ik reeds opgemerkt dat art. 36e Sr voor andere feiten dan het grondfeit geen verwijtbaarheid vereist. Op deze plaats ga ik, naar aanleiding van de rechtsvergelijking, dieper in op de achtergrond daarvan.

Technische fouten in de telastelegging of feitelijke omstandigheden gelegen in de persoon van de verdachte of de toedracht van het feit mogen weliswaar een beletsel voor een veroordeling vormen, maar zouden niet aan de mogelijkheden om *ongerechtvaardigde verrijking* ongedaan te maken in de weg moeten staan.⁹⁵

De argumentatie van de werkgroep vertoont gelijkenis met het Duitse recht. Uit de nauwe verwevenheid van de ontneming met de civielrechtelijke actie uit ongerechtvaardigde verrijking wordt afgeleid dat verwijtbaarheid geen vereiste hoeft te zijn voor de mogelijkheid tot ongedaanmaking van de verrijking.⁹⁶

In het definitieve wetsontwerp keert het voorstel van de werkgroep niet terug. De minister licht dit als volgt toe:

Hoewel hij [de minister; MJB] de beweegredenen van de werkgroep begrijpt, ziet de ondergetekende er van af haar op dit punt te volgen. Hij is door de over het eindrapport uitgebrachte adviezen overtuigd, dat het voorstel van de werkgroep de rechter bevoegd te maken de maatregel in geval van vrijspraak op technische gronden op te leggen, op schier onoverkomelijke bezwaren stuit. Hij ziet voorts geen praktische noodzaak om ruimte voor toepassing van de maatregel open te laten in geval van ontslag van rechtsvervolging.⁹⁷

Deze toelichting blinkt niet uit in helderheid. Zo blijkt allereerst niet onmiddellijk welke 'schier onoverkomelijke bezwaren' de minister voor ogen heeft ten aanzien van de mogelijkheid tot het opleggen van een ontnemingsmaatregel bij vrijspraak. Vermoedelijk doelt de minister hier op de bezwaren die in het advies van de Hoge Raad en het Parket bij de Hoge Raad naar voren worden geschoven. Daarin komt als belangrijkste bezwaar naar voren dat het onduidelijk is op welke wijze de betreffende vaststelling van het begaan zijn van het strafbare feit moet geschieden. De door de werkgroep voorgestane vaststelling – namelijk dat *de betrokkene* het strafbare feit *heeft begaan* – is, volgens (het Parket bij) de Hoge Raad, zo mogelijk nog problematischer dan de vaststelling ex art. 36b lid 1 sub 3 Sr, op grond waarvan onttrekking aan het verkeer mogelijk is indien de rechter vaststelt dat, niettegenstaande vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging, een strafbaar feit *is begaan*.⁹⁸ In het kader van de onttrekking van het verkeer geldt dat deze maatregel

95 Eindrapport-Schutte 1988, p. 27-28 (cursiveringen toegevoegd). Vgl. ook, met betrekking tot het economische strafrecht, nr. 63.

96 Vgl. in dit verband art. 6:212 BW waarin de verwijtbaarheid van de verrijkte niet als voorwaarde voor het slagen van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking wordt genoemd. In de leden 2 en 3 van deze bepaling komt voor de omvang van de vergoedingsplicht wel een vorm van verwijtbaarheid naar voren.

97 Memorie van Toelichting, p. 9.

98 Advies Hoge Raad, nr. 94, en advies Parket bij de Hoge Raad, nr. 4344, d.d. 22 december 1988, p. 3, 5-6. Zie ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 164.

voorkomt dat *gemeengevaarlijke* voorwerpen voorhanden blijven, hetgeen een rechtvaardiging kan vormen voor de inbreuk op het beslissingsschema van art. 350 Sv, maar die rechtvaardiging geldt niet voor de ontnemingsmaatregel.⁹⁹ Het lijkt er dus op dat de minister de mogelijkheid van ontneming bij vrijspraak afwijst wegens een fundamentele en niet te rechtvaardigen breuk met het strafvorderlijke stelsel waarin op grond van de tenlastelegging conform het wettelijk bewijsstelsel een uitspraak wordt gedaan over het begaan zijn van een strafbaar feit door de verdachte.

Toch kan, bij nadere beschouwing, deze veronderstelling niet worden gehandhaafd. Immers, ook in het thans geldende recht moet de rechter in de ontnemingsprocedure beoordelen in hoeverre de betrokkene soortgelijke en niet-soortgelijke strafbare feiten heeft begaan (art. 36e lid 2 Sr). Het daarvoor geldende bewijsrecht wijkt af van het 'gewone' strafvorderlijke bewijsrecht. Er is geen sprake van een tenlastelegging en ook de voorschriften van art. 338-344a Sv zijn niet (onverkort) van toepassing.¹⁰⁰ Zo bezien, is het vrijwel ondoenlijk om de gedachten van de minister omtrent de 'schier onoverkomelijke bezwaren' te achterhalen. Men kan in elk geval wel constateren dat de minister het voorstel van de werkgroep niet (expliciet) afwijst op een fundamenteel verschil van mening met de werkgroep-Schutte over het karakter van de ontnemingsmaatregel.

120. Het toelaten van de ontnemingsmaatregel bij ontslag van alle rechtsvervolgning wordt minder fundamenteel van de hand gewezen. Hiervoor is 'geen praktische noodzaak', al vermeldt de minister niet waarom dat zo is. Denkbaar is dat hij de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond niet als werkelijk beletsel voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel ziet, doch dat hij meent dat dergelijke gevallen zich niet zo vaak voordoen dat daarvoor een afzonderlijke voorziening moet worden getroffen. De reden voor de afwijzing van dit onderdeel van het voorstel van de werkgroep-Schutte berust echter wederom niet (expliciet) op een afwijkende opvatting van het karakter van de ontnemingsmaatregel.

Het voorgaande leidt tot de voorzichtige conclusie dat in de opvatting van de wetgever verwijtbaarheid geen noodzakelijk vereiste is voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel. Enkel op praktische gronden is wat het grondfeit betreft een veroordeling als voorwaarde voor die oplegging gesteld.¹⁰¹

99 Zie ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 163.

100 Zie nader hoofdstuk 7.

101 Men zou op grond hiervan kunnen stellen dat het strafrecht in feite de vordering tot winstafracht kent die de Hoge Raad niet op grond van art. 6:104 BW wil aanvaarden. Een verschil is echter dat het instellen van de vordering van art. 6:104 BW enkel door een benadeelde kan geschieden, terwijl enige vorm van benadeling voor een het instellen en toewijzen van een ontnemingsvordering niet is vereist.

2.4.4 *Het rechtsherstel als limiet*

121. Het derde aspect dat naar aanleiding van de rechtsvergelijking aandacht behoeft, betreft de limiet die volgens de Duitse dogmatiek uit het nagestreefde rechtsherstel voortvloeit. De argumentatie luidt, kort gezegd, dat bij een ontneming van een bedrag dat boven het bedrag van het daadwerkelijke voordeel uitgaat, de betrokkene in een slechtere (vermogens)toestand komt te verkeren dan het geval zou zijn indien hij het strafbare feit niet zou hebben begaan. Deze verslechtering kan niet anders worden beschouwd dan als een leedtoevoeging, als een straf. Een dergelijke redenering raakt hetgeen ik in nr. 102 heb besproken over het rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene als normatief uitgangspunt. Vanuit het karakter van de ontnemingsmaatregel kan het rechtsherstel alleen worden gerechtvaardigd, indien de betrokkene in de situatie wordt gebracht die zou hebben bestaan indien het strafbare feit niet zou zijn begaan. De consequentie van deze gedachtegang moet zijn dat indien er meer zou worden ontnomen dan de betrokkene heeft verkregen, voor dit surplus een verklaring moet worden gezocht. Deze verklaring bestaat er niet zonder meer uit dat er voor dat surplus sprake is van een straf. Men kan bijvoorbeeld niet stellen dat in het geval de betrokkene wordt verplicht de benadeelde schadeloos te stellen en het bedrag van de schadeloosstelling het bedrag van het verkregen wederrechtelijk voordeel overstijgt, het verschil als straf moet worden aangemerkt. Het gehele bedrag van de schadevergoeding wordt verklaard door de functie die de schadevergoedingsplicht heeft: het wegnemen van de schade van de benadeelde.¹⁰² Deze constatering geldt, als vanzelfsprekend, enkel in de relatie tussen betrokkene en benadeelde.

Hoe nu te denken over een ontnemingsmaatregel waarvan het bedrag groter is dan het bedrag van het verkregen wederrechtelijk voordeel? De verklaring hiervoor moet worden gezocht in de relatie tussen de betrokkene en de overheid als strafrechtelijke autoriteit. Vanuit dit perspectief kan mijns inziens het surplus niet anders worden aangeduid dan als een straf, in die zin dat wat dit surplus betreft niets anders voorop zou kunnen staan dan het oogmerk de betrokkene door toevoeging van (financieel) leed te treffen. Hieraan moet de consequentie worden verbonden dat ofwel er geen ontnemingsmaatregel mag worden opgelegd die verder reikt dan rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene, ofwel het straffende

102 Ter vergelijking: in zijn noot onder het hiervoor geciteerde en besproken arrest met betrekking tot art. 6:104 BW (HR 24 december 1993, NJ 1995, 421) spreekt Brunner over het *punitieve* karakter van dit voorschrift indien het zou worden uitgelegd als een (zuivere) vordering tot winstafdracht. Hij lijkt te spreken van een punitief karakter, omdat winstafdracht niet goed in overeenstemming is te brengen met de uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht. Zodoende lijkt Brunner te zoeken naar een verklaring voor het afstaan van vermogen door de laedens aan de gelaedeerde, voor zover dat niet de functie van schadevergoeding vervult. Vgl. ook Schoordijk 1986, p. 14, 25, die de winstafdracht aanduidt als een milde vorm van *punitive damages*.

gedeelte ook als straf wordt behandeld, dat wil zeggen: in overeenstemming is met straftoemeteringscriteria. Een normatieve benadering van het rechtsherstel dat aan de ontnemingsmaatregel ten grondslag ligt, dicteert naar mijn mening het eerste.

122. Het hanteren van het rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene als normatief uitgangspunt zou wellicht kunnen leiden tot de gedachte dat de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel ook een reactie is die *moet* volgen op het begaan van een strafbaar feit. Dit is bijvoorbeeld tot op zekere hoogte zichtbaar in het Duitse recht. § 73 Abs. 1 en 73d Abs. 1 StGB schrijven het (*erweiterte*) *Verfall* dwingend voor indien er sprake is van een *rechtswidrige Tat*.¹⁰³ Deze verplichting houdt verband met het – voorheen geldende – herstelkarakter van het *Verfall*.¹⁰⁴ Deze verplichting werkt evenwel minder streng uit dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn. Op grond van § 73a StGB moet de toepassing van het *Verfall* achterwege worden gelaten indien er sprake is van *unbillige Härte*, hetgeen zich kan voordoen indien de opbrengst niet meer voorhanden is of de opbrengst gering is.¹⁰⁵ Daarnaast wijst de praktijk uit dat de Duitse rechter de verplichting tot het opleggen van het *Verfall* doorgaans negeert.¹⁰⁶

De toepassing van de Nederlandse ontnemingsmaatregel is niet dwingend voorgeschreven. Op grond van het eerste en het derde lid van art. 36e Sr 'kan' de rechter deze maatregel opleggen. Voorts blijkt de discretie van de rechter duidelijk uit de voorschriften van de ontnemingsprocedure. Art. 511e lid 1 sub a Sv schrijft voor dat de rechter moet overwegen '(...) of de (...) maatregel moet worden opgelegd en zo ja, op welk bedrag de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel is te schatten (...)'. Hieruit volgt dat de rechter de bevoegdheid heeft om van het opleggen van een ontnemingsmaatregel af te zien, al blijkt niet uit wet en wetsgeschiedenis in welke gevallen de rechter de oplegging achterwege moet laten.

Het niet verplicht zijn van de oplegging van de ontnemingsmaatregel kan ook langs een andere weg worden beargumenteerd. In art. 9a Sr komt de bevoegdheid van de rechter tot uiting om af te zien van strafrechtelijk sanctionering. De rechter kan op grond van dit voorschrift bepalen dat er geen straf *of maatregel* wordt opgelegd indien hij dat raadzaam acht gelet op '(...) de geringe ernst van

103 Dit volgt uit de formulering van § 73 Abs. 1 en § 73d Abs. 1 StGB. § 76a Abs. 1 StGB bepaalt voorts dat in het geval 'wegen der Straftat aus tatsächlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden [kann]', het *Verfall* zelfstandig toegepast moet worden, mits aan de daartoe noodzakelijke voorwaarden is voldaan.

104 Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 44, § 73a, Rn. 9, § 73d, Rn. 16.

105 Zie voor de nadere uitwerking hiervan nr. 477-479.

106 Zie daarover Wolters 1995, p. 14-18. Hij noemt als de twee belangrijkste oorzaken voor de geringe toepassing: de onmogelijkheid van *Verfall* wegens het bestaan van vorderingen van benadeelde derden en bewijsmoeilijkheden.

het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan (...)'. Art. 9a Sr maakt zo duidelijk dat onder omstandigheden van de oplegging van een maatregel moet worden afgezien.¹⁰⁷ Voor de ontnemingsmaatregel wordt geen uitzondering gemaakt.¹⁰⁸

123. Men zou in de bevoegdheid om geen ontnemingsmaatregel op te leggen een mogelijkheid kunnen zien om de in de hoofdzaak opgelegde sancties en de ontnemingsmaatregel op elkaar af te stemmen. In het licht van de wetsgeschiedenis is dit echter niet vanzelfsprekend. Met betrekking tot de van de hoofdzaak afgescheiden ontnemingsprocedure merkt de minister op dat met die procedure '(...) wordt benadrukt dat deze maatregel als een afzonderlijke sanctie is te beschouwen en niet tot onderdeel van een afgewogen sanctiepakket ware te maken (...)'.¹⁰⁹ Hieruit zou men kunnen afleiden dat de rechter bij de ontnemingsmaatregel zijn ogen moet sluiten voor de sanctionering van de betrokkene in de hoofdzaak. Het is echter de vraag of een dergelijke verstrekkende conclusie uit deze zinsnede moet worden getrokken. In de wetsgeschiedenis wordt nergens nader ingegaan op de vraag in hoeverre de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel al dan niet samenhangt met de overig opgelegde sancties. Belangrijker is nog dat ook in het wettelijk systeem geen enkele beperking daartoe is opgenomen. Sterker nog, art. 9a Sr en art. 51 I e lid 1 sub a Sv bieden juist de mogelijkheid tot onderlinge afstemming. Ik houd het erop dat de opmerking van de minister veeleer een gelegenheidsargument is om de mogelijkheid en de wenselijkheid van een afgescheiden ontnemingsprocedure te onderbouwen.

De opmerking van de minister raakt wel een ander probleem, te weten de wijze waarop tengevolge van de splitsing van hoofdzaak en ontnemingsprocedure de rechter tot een evenwichtige afstemming van de ontnemingsmaatregel en de overige sancties kan komen. Dit kan problematisch zijn, zij het dat in de praktijk de beide, afgescheiden procedures veelal gelijktijdig worden behandeld.¹¹⁰ In die gevallen kan de beraadslaging ook gelijktijdig plaatsvinden en is afstemming zeer wel mogelijk. Maar ook indien de ontnemingsvordering pas in een later stadium wordt behandeld, zou de rechter in de hoofdzaak – ten gunste van de betrokkene

107 Deze bepaling is overbodig in die zin dat nergens in de wet de oplegging van een maatregel verplicht wordt voorgeschreven. Zie Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nr. 3, p. 23-24. Art. 351 Sv is overigens ten onrechte niet afgestemd op art. 9a Sr.

108 Denkbaar is overigens ook dat art. 9a Sr zo wordt toegepast dat de rechter in de hoofdzaak geen straf of maatregel oplegt, maar er in de ontnemingsprocedure wel een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd.

109 Memorie van Toelichting, p. 10.

110 Nelen & Sabbe 1998, p. 101-102, 183-184. Zie ook HR 19 maart 1996, NJ 1997, 60, m.nt. Kn, en HR 19 mei 1998, JOW 1998, 49. Deze mogelijkheid wordt ook in de Memorie van Toelichting genoemd (op p. 10).

– kunnen veronderstellen dat er een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd.¹¹¹ Kortom: het feit dat de ontnemingsprocedure gescheiden van de hoofdzaak plaatsvindt, maakt een evenwichtige sanctionering niet eenvoudig, maar ook niet per definitie onmogelijk. In dit verband moet nog wel op één beperking worden gewezen. De oplegging van een ontnemingsmaatregel is alleen mogelijk in een ontnemingsprocedure. Deze procedure vindt pas plaats indien het Openbaar Ministerie een ontnemingsvordering aanhangig maakt (art. 36e lid 1 en 3 Sr, art. 511b Sv). De wetgever lijkt de ontnemingsvordering niet te beschouwen als een principieel, maar als een praktisch onderdeel van de ontnemingswetgeving. De van de hoofdzaak gesplitste ontnemingsprocedure moet immers op één of andere wijze worden gestart.¹¹² Niettemin is de oplegging van de ontnemingsmaatregel daardoor mede afhankelijk geworden van het handelen van het Openbaar Ministerie. Dit is een praktische beperking van de sanctioneringsvrijheid van de rechter.¹¹³

124. Uit het voorgaande volgt dat de rechter, evenals bij de oplegging van andere strafrechtelijke sancties, in principe de vrijheid heeft om te onderzoeken of sanctionering in het concrete geval passend is, en zo ja: welke sancties dienen te worden opgelegd. Voor wat betreft de ontnemingsmaatregel geldt daarbij naar mijn mening dat in het geval een betrokkene door het begaan van een strafbaar feit financieel voordeel behaalt, het opleggen van een ontnemingsmaatregel *in abstracto* passend is, zulks gelet op de *corrective justice* die daarmee wordt bewerkstelligd. Maar de rechter moet telkens kritisch onderzoeken of het opleggen van een ontnemingsmaatregel in het concrete geval ook een rechtvaardige en zinvolle strafrechtelijke reactie is.¹¹⁴ Daarbij is van belang dat de eventuele oplegging van een ontnemingsmaatregel in overeenstemming is met de overig opgelegde sancties. Het hanteren van het rechtsherstel vanuit het perspectief van

111 Tengevolge van het voorschrift dat de officier van justitie uiterlijk bij requisitoir melding moet maken van zijn voornemen een ontnemingsvordering aanhangig te maken (art. 311 lid 1 Sv), kan de rechter bij het achterwege laten van deze melding uitgaan van het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel. Gelet op de mogelijkheid dat de officier van justitie reeds in een eerder stadium melding kan maken van zijn voornemen, behoort de rechter mijns inziens zich hierover te laten informeren indien de officier van justitie zijn voornemen niet ter zitting kenbaar maakt.

112 Keulen 1999, p. 62. Keulen ziet zelf wel 'een materiële ratio' voor het vereiste van een door het Openbaar Ministerie ingestelde ontnemingsvordering. Naar zijn mening heeft de ontnemingsmaatregel ook civielrechtelijke trekken welke er uit zouden bestaan dat het Openbaar Ministerie namens de samenleving rechtsherstel vordert. 'In dat civielrechtelijke perspectief past zeer wel, dat oplegging van de verplichting niet tot de mogelijkheden behoort als de "gelaedeerde" daar niet om heeft gevraagd.' Het is mij niet duidelijk op precies welke civielrechtelijke trekken Keulen duidt.

113 Vgl. ook de noot van Reijntjes onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 52.

114 Vgl. in vrijwel gelijke zin Spier 1992, nr. 33: 'Hoezeer als uitgangspunt ook juist dat het niet aanspreekt iemand onrechtmatig genoten voordeel te laten behouden, men hoede zich ervoor dit als een noodlottig dogma te gaan hanteren.' Deze opmerking heeft betrekking op art. 6:104 BW in de uitleg van een (niet aan schade gerelateerde) vordering tot winstafdracht.

de betrokkene als normatief uitgangspunt leidt in ieder geval niet tot een plichtmatige oplegging van de ontnemingsmaatregel.

2.5 (Voorlopige) definiëring van het karakter van de ontnemingsmaatregel

125. In de voorgaande paragrafen heb ik op twee niveau's het karakter van de ontnemingsmaatregel onderzocht. Aan de hand van enkele algemene karaktertrekken van 'de' maatregel is er in kaart gebracht welk karakter de ontnemingsmaatregel kent. Daarbij is met name de wetsgeschiedenis onderwerp van onderzoek geweest. Tevens is, mede aan de hand van een rechtsvergelijkende beschouwing, op onderdelen het karakter van de ontnemingsmaatregel nader onderzocht.

Op grond van de wetsgeschiedenis laat het karakter van de ontnemingsmaatregel zich door drie kenmerken omschrijven. De ontnemingsmaatregel:

- is een sanctie met een eigen grondslag, te weten: de onwenselijkheid van het bestaan van wederrechtelijk verkregen vermogen;
- beoogt rechtsherstel, enkel vanuit het perspectief van de betrokkene;
- houdt vanuit een praktisch oogpunt verband met verwijtbaarheid, maar stelt dit niet als principieel vereiste.

De nadere analyse heeft geleid tot een aanvulling met vier kenmerken:

- het rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene limiteert de ontnemingsmaatregel;
- de ratio van de ontnemingsmaatregel is weliswaar zichtbaar in het civiele recht, maar er is weinig reden om van een civielrechtelijk karakter te spreken;
- de ontnemingsmaatregel vormt een onderdeel van het strafrechtelijk sanctiepakket, hetgeen tevens inhoudt dat er reden is voor onderlinge afstemming van de opgelegde sancties;
- het nagestreefde rechtsherstel leidt niet tot een verplichte oplegging van de ontnemingsmaatregel.

126. In het vervolg van deze studie duid ik het karakter van de ontnemingsmaatregel korthedshalve aan als *normatief-reparatoir*. Dit label dekt niet de gehele lading, maar de kern is gegeven: de ontnemingsmaatregel richt zich in principe op rechtsherstel en dat rechtsherstel vormt een limiet. Daarbij wordt uiteraard bedoeld op rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene. In de navolgende hoofdstukken moet blijken of de ontnemingsmaatregel in de praktijk het normatief-reparatoire karakter waarmaakt dan wel waar kan maken.

2.6 Een kritische tegenstroom?

127. In de literatuur over de ontnemingsmaatregel wordt over het algemeen niet veel aandacht besteed aan het karakter van deze maatregel. Een aantal auteurs heeft evenwel kritiek op het feit dat de wetgever de ontnemingsmaatregel als *maatregel* heeft bestempeld. Zo schrijft Groenhuijsen: 'Geconstateerd moet (...) worden dat voordeelsontneming (...) de kern vormt van de strafrechtelijke reactie op gepleegde misdrijven. Die kern bestaat materieel uit leedtoevoeging en is gericht op afschrikking, ook al is zij dogmatisch verpakt in het kleed van de maatregel met de connotatie van herstel van de oude toestand.'¹¹⁵ In dezelfde trant stelt Doorenbos: '(...) het kan moeilijk worden ontkend dat de moderne ontnemingswetgeving zeer zeker afschrikkende werking zal sorteren jegens haar doelgroep en dat zij tevens bij uitstek een – welhaast letterlijk – vergeldende strekking heeft, en dat de wetgever deze beide aspecten natuurlijk uitdrukkelijk mede op het oog heeft gehad.'¹¹⁶ En ook Wemes en Boone beschouwen de ontnemingsmaatregel als een maatregel met een onmiskenbaar punitieve bedoeling.¹¹⁷

Hoe te denken over deze kritiek? Is er aanleiding voor een bijstelling van de gegeven (voorlopige) definitie van de ontnemingsmaatregel als normatief-reparatoir? De kritiek houdt verband met enkele veronderstellingen met betrekking tot de ontnemingsmaatregel die mijns inziens niet vanzelfsprekend zijn. Ik licht dit toe.

128. De kritiek van Groenhuijsen hangt nauw samen met zijn beschouwing over de vraag of een splitsing van hoofdzaak en ontnemingsprocedure gerechtvaardigd is, in het bijzonder waar het gaat om de sanctie-oplegging. Dit hangt naar zijn mening in het bijzonder af van de '(...) visie op de feitelijke strekking van de maatregel van artikel 36e Sr in het totale strafrechtelijke sanctiepakket.'¹¹⁸ Vervolgens constateert hij dat uit de parlementaire geschiedenis, met name die passages waarin wordt verwezen naar ernstige vormen van financieel lucratieve criminaliteit en de effecten die in dat verband van de ontnemingsmaatregel zouden mogen worden verwacht (vgl. nr. 108), blijkt '(...) dat voordeelsontneming in deze visie de kern vormt van de strafrechtelijke reactie op gepleegde misdrijven.' Die kern zou, zoals hiervoor is geciteerd, uit leedtoevoeging bestaan en gericht zijn op afschrikking. Het gevolg daarvan is dat de rechter in de aan de ontnemingsprocedure voorafgaande hoofdzaak moeilijk kan bepalen wat een passende sanctie is.¹¹⁹

115 Groenhuijsen 1996a, p. 1530.

116 Doorenbos 1997, p. 71.

117 Wemes 1988, p. 422, en Boone 2000, p. 74 (noot 16). Vgl. ook Bleichrodt & Balkema 1995, p. 45-46.

118 Groenhuijsen 1996a, p. 1529.

119 Groenhuijsen 1996a, p. 1530. Vgl. ook Wattel 1987, p. 797, en Wemes 1988, p. 420.

Deze opvatting impliceert dat er een *nauwe* samenhang bestaat tussen de sanctionering in de hoofdzaak en de oplegging van een ontnemingsmaatregel.

Mijn tegenwerpingen liggen reeds besloten in de voorafgaande beschouwingen. Ik stip deze nog kort aan. Allereerst, ook naar mijn mening is het onderscheid tussen straf en maatregel niet wezenlijk, maar er is geen reden om in het geheel geen onderscheid te maken tussen de leedtoevoegende straf en de ontnemingsmaatregel. Het maken van een functioneel onderscheid tussen beide tempert zelfs de ingrijpendheid van de ontnemingsmaatregel door de limiterende werking van het rechtsherstel (zie nr. 102 en 103). Ten tweede, het is voor de rechter bij de oplegging van de sancties in de hoofdzaak niet per definitie onmogelijk om rekening te houden met het al dan niet opleggen van een ontnemingsmaatregel. De hoofdzaak en de ontnemingsprocedure kunnen gevoegd worden behandeld. Ook kan de rechter in de hoofdzaak de oplegging van een ontnemingsmaatregel veronderstellen (zie nr. 123). Ten derde, naast de parlementaire geschiedenis is vooral ook de tekst van de wet bepalend voor het type feiten waarvoor de ontnemingsmaatregel mogelijk en passend is (zie nr. 108).

Deze tegenwerpingen doen geen afbreuk aan het feit dat ik het betoog van Groenhuijsen op onderdelen onderschrijf. Leedtoevoeging en afschrikking zijn ook naar mijn opvatting elementen die voor de karakterisering van de ontnemingsmaatregel van belang zijn. En bij het bestempelen van een sanctie als een maatregel om zodoende een 'wezenlijk onderscheid' met de straf aan te brengen, stuit ik eveneens op tal van bezwaren (zie nr. 97-101). Maar het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel beoogt te bewerkstelligen, is mijns inziens, met name gelet op de limiterende werking die daar vanuit gaat, een kernbegrip dat zich niet naar de achtergrond laat drukken.¹²⁰ De kritiek van Groenhuijsen is dan ook geen reden om de (voorlopige) definitie van de ontnemingsmaatregel bij te stellen.

129. Doorenbos uit zijn kritiek in verband met de meer algemene stelling dat de wetgever ten onrechte het maatregelkarakter aangrijpt als *de* rechtvaardiging van de verschillende ingrijpende wijzigingen die de ontnemingswetgeving omvat.¹²¹ Soortgelijke kritiek komt ook van Van der Landen, die het maatregelkarakter bestempelt als een '(...) uitermate smalle argumentatiebasis (...) ' voor de verschillende wijzigingen.¹²² Deze opvattingen maken onderdeel uit van het in

120 Het is overigens geenszins uitgesloten dat Groenhuijsen, anders dan ik in het voorgaande heb gedaan, in zijn overwegingen de (ingrijpende) mogelijkheid tot vervangende hechtenis heeft betrokken.

121 Doorenbos 1997, p. 70-71, 72.

122 Van der Landen 1992, p. 342. Zie ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 137: 'Nu de basis voor het tot maatregel benoemen van de voordeelontneming zo smal is lijkt de vraag gerechtvaardigd of de werkgroep [Schutte; MJB] het door haar zelf opgeworpen maatregelkarakter van de voordeelsafroaming niet ten onrechte als argument gebruikt om daarmee allerhande discutabele aanbevelingen een schijn van legitimatie te verschaffen.' Vgl. ook De Roos 1994, p. 51.

de literatuur breed gedragen standpunt dat de ontnemingswetgeving en de daaraan vooraf verschenen rapporten rusten op een (instrumentalistische) visie waarin het belang van criminaliteitsbestrijding zonder meer boven het belang van rechtsbescherming wordt geplaatst.¹²³

De wetgever is inderdaad drastisch te werk gegaan. Zo is er onder meer voorzien in een vervangende hechtenis van maximaal zes jaar (art. 24d Sr), een afzonderlijk strafrechtelijk financieel onderzoek (art. 126-126f Sv), de mogelijkheid van conservatoir beslag (art. 94a Sv), een strafvorderlijke actio Pauliana (art. 94d Sv) en een afzonderlijke ontnemingsprocedure (art. 511b-511i Sv). Deze wijzigingen zijn bedoeld ter verbetering van de mogelijkheden tot oplegging van de ontnemingsmaatregel. De minister heeft die noodzaak met name onderbouwd door te wijzen op het *belang* dat is gemoeid met het ontnemen van misdaadgeld, te weten: een effectievere criminaliteitsbestrijding. Op onderdelen – maar niet met betrekking tot alle voorstellen – wijst hij expliciet op het maatregelkarakter of het doel van de maatregel (het bewerkstelligen van rechtsherstel).¹²⁴

Ik ben het met Doorenbos en Van der Landen eens dat het aanvoeren van het maatregelkarakter van de ontnemingsmaatregel ter rechtvaardiging van de verschillende wijzigingen bepaald niet zuiver is.¹²⁵ Die rechtvaardiging daarvan kan alleen volgen uit een fundamentele afweging tussen enerzijds de noodzaak tot bestrijding van de financiële effecten van criminaliteit en anderzijds de waarborgen die in onze rechtstaat aan de betrokkene behoren toe te komen. De vraag is echter of men hierin ook aanleiding moet vinden om het karakter van de ontnemingsmaatregel anders te benoemen. Naar mijn mening is dat niet het geval. Het karakter van een sanctie is niet de factor die bepaalt hoe ingrijpend de aan die sanctie verbonden bevoegdheden mogen zijn of in welke mate de betrokkene met betrekking tot de oplegging van die sanctie rechtsbescherming behoort te genieten.¹²⁶ In het verlengde daarvan geldt, anders dan de minister wil doen geloven, dat het toekennen van een normatief-reparatoir karakter aan de ontnemingsmaatregel geenszins hoeft te betekenen dat ook moet of mag worden beknipt op

123 Zie nr. 76 en 79. Ik wijs verder nog op Kelk 1998, p. 40, die stelt dat het vijandsbeeld dat aan de ontnemingswetgeving ten grondslag ligt (zie noot 49) leidt tot '(...) minder aanspraak op rechtsbescherming en op coulantie van de kant van het recht.'

124 Zie Memorie van Toelichting, p. 9-10, 12, 18, Memorie van Antwoord, p. 19, en Memorie van Antwoord I, p. 9.

125 Mevis 1993, p. 1324-1325, acht dit veel minder problematisch. 'De maatregel (...) biedt de wetgever in principe de ruimte om, als hij ingrijpen nodig vindt, de strafbaarheidsvoorwaarden te omzeilen. Dat geldt ook voor de strafrechtelijke beginselen. (...) De verruimde voordeelsontneming is door de wetgever nog het minst van alle maatregelen aan strafrechtelijke beginselen gebonden. Die regeling is daarom nog niet onrechtmatig en geen anachronisme (...).'

126 In vergelijkbare zin Van der Landen 1992, p. 345: '(...) uit de benoeming van een strafsancie tot maatregel volgt *niet* automatisch dat strafrechtelijke beginselen daarop geen betrekking hebben. Anders gezegd: de maatregel is niet het wondermiddel tegen lastige rechtsbeginselen.' Zie ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 139, en Kelk 1999, p. 210.

waarborgen ter bescherming van de betrokkene. In de nu volgende paragraaf werk ik deze stelling uit aan de hand van het EVRM.

3 Het karakter van de ontnemingsmaatregel en (Straatsburgse) rechtsbescherming

3.1 Inleiding

130. In deze paragraaf ga ik nader in op de vraag in hoeverre de betrokkene rechtsbescherming *kan* worden ontzegd op grond van het karakter van de ontnemingsmaatregel. Voor de beantwoording van deze vraag richt ik me op de rechtsbescherming die het EVRM biedt. Dit verdrag geldt immers als waarborg voor de minimale eisen van rechtsbescherming in (onder meer) strafrechtelijke procedures. Meer in het bijzonder ga ik in op de toepasselijkheid van art. 6 en 7 EVRM. Art. 6 omvat een pakket aan rechten ter waarborging van het recht op een *fair trial*. Art. 7 heeft betrekking op de terugwerkende kracht van strafbaarstellingen en straffen. Deze bepalingen zijn van toepassing voor zover er sprake is van een *criminal charge* respectievelijk een *penalty*. Uit de wijze waarop het EHRM invulling geeft aan deze begrippen, kan worden beoordeeld in hoeverre de betreffende bepalingen van toepassing zijn op de ontnemingsmaatregel. De behandeling van art. 7 EVRM behandel ik met name vanwege de wijze waarop het EVRM het begrip 'penalty' in relatie tot ontnemingssancities vormgeeft, en niet zozeer vanwege de bescherming die de bepaling biedt.¹²⁷

3.2 De toepasselijkheid van art. 7 EVRM

131. De Nederlandse ontnemingsmaatregel is (nog) niet op enigerlei wijze aan de orde geweest in een door het EHRM beoordeelde zaak. Dit ligt anders voor de (oude) Engelse confiscatiesanctie. Het hof heeft in de zaak *Welch* een oordeel geveld over de vraag in hoeverre die confiscatiesanctie een 'penalty' in de zin van art. 7 EVRM is.¹²⁸ Deze zaak is ook voor het Nederlandse recht van belang omdat het hof een aantal criteria geeft aan de hand waarvan kan worden beoordeeld in hoeverre de ontnemingsmaatregel een 'penalty' is. Alvorens tot een dergelijke beoordeling te komen, ga ik nader in op de zaak *Welch*.

127 De (mogelijke) terugwerkende kracht van de ontnemingsmaatregel komt in dit boek niet nader aan de orde. Zie daarover nader Van der Neut & Simmelink 1994, Keulen 1999, p. 114-116, en Kooijmans 2000a, p. 131-133.

128 EHRM 9 februari 1995, Series A vol. 307-A, NJ 1995, 606, m.nt. Kn (*Welch*).

132. In de zaak *Welch* staat de vraag centraal in hoeverre de (oude)¹²⁹ Engelse ontnemingssanctie met terugwerkende kracht mag worden opgelegd. Daarvoor is het, zoals gezegd, van belang vast te stellen of de betreffende ontnemingssanctie kan worden aangemerkt als 'penalty'.¹³⁰ Het hof stelt daarbij voorop dat het begrip 'penalty' autonoom dient te worden geïnterpreteerd:

To render the protection offered by Article 7 effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a 'penalty' within the meaning of this provision.¹³¹

Nationale goocheltrucs met benamingen van sancties teneinde deze te onttrekken aan de waarborgen die het EVRM biedt, lopen spaak. Het hof hanteert een aantal criteria voor de beoordeling of er sprake is van een 'penalty'.

A. Als vertrekpunt geldt dat de sanctie wordt opgelegd na een 'conviction for a criminal offence'. Het hof stelt daarbij niet als eis dat het voordeel dat wordt ontnomen ook daadwerkelijk is voortgekomen uit het feit waarvoor veroordeling plaatsvindt. Van belang is dat de voordeelsontneming alleen mogelijk is nadat er een veroordeling heeft plaatsgevonden.¹³² Dit is het geval bij de betreffende Engelse confiscatie-sanctie.¹³³

B. Indien er sprake is van een veroordeling, is er voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een 'penalty' een aantal factoren van belang,¹³⁴ te weten:

B.1. 'the nature and purpose of the measure in question'. Ten aanzien van de Engelse ontnemingsmaatregel zoekt het hof allereerst aansluiting bij de parlementaire geschiedenis van de confiscatiewet, de DTOA. Hieruit blijkt dat de DTOA is ingevoerd omdat de daarvoor bestaande mogelijkheden van *forfeiture* (verbeurdverklaring) onvoldoende bleken te zijn, en om voordeelsontneming ook

129 De zaak *Welch* heeft betrekking op de Drug Trafficking Offences Act 1986 (DTOA). Zie over de confiscatie-mogelijkheden onder deze wet: Feldman 1988, p. 95-114. De DTOA is op 3 februari 1995 vervangen door de Drug Trafficking Act 1994 (DTA) welke ruimere confiscatie-mogelijkheden biedt dan de DTOA.

130 'Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed' (art. 7 lid 1 tweede volzin EVRM).

131 Overweging 27.

132 Overwegingen 28 en 29. Rechter De Meyer stelt in zijn *concurring opinion* dat hij dit criterium voldoende acht: 'There could be no doubt that the confiscation order inflicted upon the applicant was a sanction following conviction for a criminal offence, and that it had the nature of a penalty.' De factoren die hierna onder B. worden genoemd, zijn naar zijn mening niet nodig voor het oordeel dat deze confiscatie-sanctie een 'penalty' is.

133 Section 1(1) DTOA (thans: section 2(1) DTA) in combinatie met section 2(1)(a) en de bewijslastbepalingen van section 2(2) en (3) DTOA (thans: section 4 DTA). Onder de DTA bestaat er overigens een uitzondering op het vereiste van veroordeling: indien een verdachte met de noorderzon is vertrokken, is onder omstandigheden confiscatie mogelijk. Zie section 19(3)-(6) DTA.

134 Overweging 28.

mogelijk te maken nadat de opbrengsten uit (drugs)misdrijven zijn omgezet in andere vermogensbestanddelen. Daarbij is van regeringszijde steeds benadrukt dat de verruimde confiscatiemogelijkheden een preventief effect hebben doordat de opbrengst van de misdrijven niet kan worden aangewend voor het begaan van nieuwe misdrijven, en dat het beginsel dat misdaad niet mag lonen, zodoende wordt verzekerd. Het hof laat zich evenwel door het door de (Engelse) wetgever vooropgestelde preventieve en reparatoire doel van de DTOA niet volledig overtuigen:

*However it cannot be excluded that legislation which confers such broad powers of confiscation on the courts also pursues the aims of punishing the offender. Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment.*¹³⁵

Reparatoire doelstelling en punitieve uitwerking, zo stelt het hof, sluiten elkaar niet per definitie uit.

B.2. 'its characterisation under national law'. Deze factor ligt in het verlengde van factor B.1. Het hof kijkt hierbij naar de classificatie van de ontnemingssanctie in de Engelse rechtspraak. Er wordt geconstateerd dat de Engelse rechtspraak er naar tendeert om de ontnemingssanctie als 'punitive' te bestempelen, maar, zo voegt het hof daar aan toe, deze classificatie door de Engelse rechtspraak heeft geen betrekking heeft op de problematiek van art. 7 EVRM, de terugwerkende kracht van strafbaarstellingen en sancties.¹³⁶

B.3. 'its severity'.¹³⁷ Het hof stelt voorop dat de ingrijpendheid van een sanctie op zichzelf niet beslissend kan zijn omdat ook 'many non-penal measures of a preventive nature' zeer ingrijpend kunnen werken.¹³⁸ Niettemin zijn er aan de Engelse confiscatiewetgeving elementen verbonden die niet alleen essentieel zijn voor de preventieve werking van de confiscatie, maar ook onderdeel uitmaken van 'the idea of a penalty as it is commonly understood'.¹³⁹ Het gaat om:

i. de ingrijpende wettelijke vermoedens die onder meer inhouden dat al hetgeen de betrokkene in zijn bezit heeft gehad in een periode van zes jaar voorafgaand aan zijn vervolging is voortgekomen uit de handel in drugs.¹⁴⁰

135 Overweging 30 (cursivering toegevoegd).

136 Overweging 31.

137 Het hof noemt ook nog als criterium: 'the procedures involved in the making and implementation of the measure'. Het hof gaat hier echter niet nader op in.

138 Overweging 32.

139 Overweging 33.

140 Section 2(3) DTOA (thans: section 4(3) DTA).

ii. het feit dat de confiscatie wordt gebaseerd op de 'proceeds' (bruto-omzet) van de drugshandel en niet wordt gelimiteerd door het bedrag van daadwerkelijke verrijking of 'profits' (netto-opbrengst).¹⁴¹

iii. de vrijheid van de rechter om bij het bedrag van de confiscatie rekening te houden met de 'culpability'. De formulering van dit element van het Engelse confiscatierecht door het EHRM is enigszins misleidend. Men zou uit de woorden van het hof kunnen afleiden dat het de Engelse rechter vrij staat om het bedrag van de confiscatie mede te baseren op de mate van verwijtbaarheid. Dit is echter niet het geval. Het hof verwijst hier vermoedelijk naar de regel dat in geval het delict of de delicten gezamenlijk zijn begaan het bedrag van de confiscatie afzonderlijk dient te worden berekend.¹⁴²

iv. de mogelijkheid van vervangende hechtenis. In het Engelse ontnemingsrecht is bepaald dat in het geval van het (gedeeltelijk) niet-voldoen van de confiscatie-sanctie er een vervangende hechtenis ten uitvoer kan worden gelegd.¹⁴³ In een zaak die enige maanden later door het EHRM is berecht, de zaak *Jamil*,¹⁴⁴ komt de vervangende hechtenis in relatie met het begrip 'penalty' in de zin van art. 7 EVRM nader aan de orde. In deze zaak was een geldboete met lijfswang (met een maximum duur van twee jaar) opgelegd. Door de Franse regering en rechter wordt deze lijfswang niet als vorm van straf gezien, maar als een wijze van het afdwingen van het voldoen van de geldboete. Bij de beoordeling of de betreffende lijfswang als 'penalty' kan worden aangeduid, zoekt het hof expliciet aansluiting bij de criteria uit de zaak *Welch*.¹⁴⁵ Het hof constateert in dat kader onder meer dat de lijfswang de nakoming van de onderhavige sanctie tracht te waarborgen door de dreiging bestaande uit opsluiting in een penitentiair regime, tenzij de betrokkene kan aantonen dat hij insolvent is. Dat penitentiaire systeem is daarbij in zoverre zwaarder dan de 'gewone' gevangenisstraf, dat voorzieningen als vervroegde invrijheidstelling ontbreken en dat de lijfswang de betalingsverplichting niet doet verminderen, terwijl ook de mogelijkheid blijft bestaan dat er verhaal wordt genomen op het vermogen van de betrokkene. Het oordeel van het hof luidt dan ook: 'The sanction imposed on Mr Jamil was ordered by a criminal court, was intended to be deterrent and could have led to a punitive deprivation of liberty (...). It was therefore a penalty.'

141 Zie nader Feldman 1988, p. 101-102, en Mitchell, Taylor & Talbot 1997, p. 89-90.

142 Fortson 1996, p. 279, en Mitchell, Taylor & Talbot 1997, p. 90-91. In gevallen waarin de individuele bijdrage van de deelnemers niet duidelijk is, wordt het totale bedrag van de confiscatie-sanctie in beginsel gelijkmatig verdeeld. Hiervan kan worden afgeweken indien de ene deelnemer meer verhaal biedt dan de andere deelnemer. Zie Bucknell & Ghodse 1996, p. 316.

143 Section 6 DTOA (thans section 9 DTA).

144 EHRM 8 juni 1995, Series A vol. 320, NJ 1996, 1, m.nt. Kn (Jamil).

145 Overwegingen 30 en 31.

De elementen genoemd onder *i-iv* zijn, zoals gezegd, in de visie van het hof zowel onder te brengen bij het traditionele strafbeprip als essentieel voor de preventieve werking van de confiscatie. Echter, het hof legt na het noemen van deze elementen de nadruk op het strafbeprip door te overwegen dat de genoemde elementen tezamen een sterke indicatie opleveren voor 'a regime of punishment'. Gezien de uitspraak van het hof in de zaak *Jamil* kan men overigens (retroperspectief) stellen dat de vervangende hechtenis in beginsel op zichzelf reeds voldoende is om te kunnen spreken van 'a regime of punishment'.

C. Het laatste 'criterium' dat het hof noemt, is enigszins vreemd geformuleerd: 'Finally, looking behind appearances at the realities of the situation, whatever the characterisation of the measure of confiscation, the fact remains that the applicant faced more far-reaching detriment as a result of the order than to which he was exposed at the time of the commission of the offences for which he was convicted'.¹⁴⁶ Het hof lijkt hier geen criterium te geven voor de invulling van het beprip 'penalty', maar gewoon vast te stellen dat aan Welch een meer ingrijpende sanctie is opgelegd dan op het moment van het begaan van het delict was toegestaan.¹⁴⁷ Op zichzelf is dat niet vreemd, maar de vraag is wel wat de betekenis is van de zinsnede 'whatever the characterisation of the measure of confiscation'? Doen alle voorgenoemde criteria opeens niet meer ter zake? Dat is naar mijn mening niet waarschijnlijk. Ik begrijp de geciteerde overweging zo, dat het hof op grond van de voorgenoemde criteria de toepasselijkheid van art. 7 EVRM aanneemt, ongeacht hoe men voor het overige het karakter van de Engelse confiscatiesanctie nog zou kunnen benoemen. Er staan, anders gezegd, voldoende punitieve elementen van de confiscatie-sanctie vast om te kunnen spreken van een 'penalty'. Het hof stelt vervolgens de schending van art. 7 EVRM vast.

Voor alle duidelijkheid: het oordeel van het hof tast de legitimiteit van de confiscatie niet aan, maar de bescherming van art. 7 EVRM is wel van toepassing met betrekking tot het opleggen van de Engelse confiscatiesanctie.

133. De zaak *Welch* laat zien dat het EHRM zich – terecht – niet laat verblinden door een onderscheid als die tussen straffen – sancties met *a punitive purpose* – en maatregelen – sancties met *the aims of prevention and reparation*. Juist door te overwegen dat de preventieve doeleinden en de punitieve werking van een sanctie elkaar niet behoeven uit te sluiten, kan het hof de bescherming van het EVRM bieden bij de toepassing van sancties waaraan in het nationale recht niet expliciet een bestraffende werking is toegekend. Let wel, het hof hanteert de karakterisering als *penalty* met het oog op de daaraan verbonden rechtsbescherming. Zo kan het

146 Overweging 34.

147 Zie ook de noot van Knigge onder de zaak *Welch*, NJ 1995, 606.

gebeuren dat men met het oog op de toepassing in het nationale recht het reparatoire karakter meer op de voorgrond stelt, terwijl bij de vraag of er bescherming op grond van het EVRM geldt, de nadruk meer op het bestraffende oogmerk wordt gelegd. Deze – paradoxale¹⁴⁸ – benadering is mogelijk omdat het niet gaat om een sanctie die óf reparatoir óf punitief is, maar juist beide elementen in zich draagt.¹⁴⁹

Het lijkt mij niet aan twijfel onderhevig dat de Nederlandse ontnemingsmaatregel, niettegenstaande het normatief-reparatoire karakter daarvan, een 'penalty' is. De ontnemingsmaatregel kan pas worden opgelegd na een veroordeling wegens een strafbaar feit, de ontnemingsmaatregel is weliswaar gericht op rechtsherstel maar heeft ook een zekere repressieve strekking (zie nr. 101) en het niet-voldoen aan de betalingsverplichting kan leiden tot een vervangende hechtenis van maximaal zes jaar (art. 24d Sr).

134. Aan de *Welch*-zaak zou wellicht nog een argument kunnen worden ontleend voor een wijziging van de definiëring van het karakter van de ontnemingsmaatregel. Deze definiëring is immers gebaseerd op een analyse waarbij is geabstraheerd van de mogelijkheid van vervangende hechtenis. Men zou nu kunnen stellen dat bij het opstellen van die definitie wel rekening moet worden gehouden met de vervangende hechtenis, omdat het EHRM dat ook doet met betrekking tot het (*penalty*-)karakter van een ontnemingssanctie. Er is naar mijn mening echter een goede reden om dit verschil in benadering te laten bestaan. Het definiëren van het karakter van de ontnemingsmaatregel waarbij enkel naar de maatregel zelf – de betalingsverplichting – wordt gekeken en niet naar de wijze van tenuitvoerlegging, maakt het juist mogelijk een oordeel te vellen over die tenuitvoerlegging. Er kan op die manier worden onderzocht of de executie van een ontnemingsmaatregel inderdaad leidt tot rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene.¹⁵⁰ Dat neemt niet weg dat het voor de vraag naar de rechtsbescherming wel zinvol is om acht te slaan op alle bevoegdheden die aan de oplegging van een ontnemingsmaatregel zijn verbonden. Het gaat dan immers niet meer om de vraag of een bepaald onderdeel wel in overeenstemming is met het karakter van de ontnemingsmaatregel, maar om de vraag of aan de betrokkene die zich geconfronteerd ziet

148 Hetgeen het gevolg is van de autonome interpretatiemethode die het EHRM hanteert. Vgl. ook Merills 1995, p. 71-72. Men kan zich natuurlijk afvragen of het hof hetzelfde resultaat niet eenvoudiger had kunnen bereiken door rechtstreeks te overwegen dat de bescherming van art. 7 EVRM betrekking heeft op straffen en strafrechtelijke maatregelen. Zie de noot van Knigge onder de zaak *Jamil*, NJ 1996, 1.

149 Vergelijkt men deze benadering met de beschrijving van het Duitse recht in paragraaf 2.3, dan valt op dat het Duitse recht, tengevolge van het constitutionele *Schuldprinzip*, veel meer met afzonderlijke categorieën werkt. Een sanctie is óf wel óf niet *strafähnlich*. Vgl. nr. 109.

150 Zie daarvoor nader nr. 532-548.

met de – voor hem nadelige – gevolgen van een op te leggen sanctie, bepaalde waarborgen moet toekomen.

3.3 De toepasselijkheid van art. 6 EVRM

135. De autonome redeneertrant van het EHRM komt ook naar voren in de jurisprudentie van het hof met betrekking tot art. 6 EVRM.¹⁵¹ Indien uit de nationale classificatie niet blijkt dat er sprake is van een strafbaar feit of een strafrechtelijke procedure, acht het hof dat niet doorslaggevend voor het al dan niet bestaan van 'criminal charge'.¹⁵² In die gevallen beoordeelt het hof de aanwezigheid van een 'criminal charge' op basis van twee criteria.¹⁵³ Het eerste criterium is de *aard van de overtreding*, waarbij twee sub-criteria gelden: de *norm-adressaat* en het *sanctiedoel*. Als tweede criterium geldt de *aard en de zwaarte van de sanctie*. Voor de Nederlandse ontnemingswetgeving is toepassing van deze criteria voor de vaststelling van een 'criminal charge' niet nodig, de nationale classificatie is in Nederland duidelijk. De ontnemingswetgeving maakt onderdeel uit van de Nederlandse strafwetgeving en de oplegging van de ontnemingsmaatregel heeft betrekking op het begaan zijn van één of meerdere strafbare feiten. Het is daarnaast het gezamenlijke standpunt van wetgever, jurisprudentie en literatuur dat de Nederlandse ontnemingsprocedure en het strafrechtelijk financieel onderzoek onder het begrip 'criminal charge' vallen.¹⁵⁴ De door art. 6 EVRM aan de 'criminal charge' gerelateerde rechten zijn hiermee van toepassing bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

151 Zie met name EHRM 8 juni 1978, Series A vol. 26, NJ 1978, 223 (Engel e.a.), EHRM 21 februari 1984, Series A vol. 73, NJ 1988, 937 (Öztürk), EHRM 25 augustus 1987, Series A vol. 123, NJ 1988, 938, m.nt. EAA (Lutz), EHRM 22 mei 1990, Series A vol. 177, NJ 1992, 454, m.nt. EJD (Weber), en EHRM 24 februari 1994, Series A vol. 284, NJ 1994, 496, m.nt. EAA (Bendenoun). Een uitgebreide analyse van het begrip 'criminal charge' wordt onder meer gegeven door Viering 1994, p. 146-185, Frowein & Peukert 1996, p. 175-185, en Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 406-418.

152 Er is derhalve voor de lidstaten sprake van een 'one-way autonomy'. Indien de nationale classificatie duidt op een strafbaar feit of een strafrechtelijke procedure, wordt deze classificatie niet nader onderzocht. Dat is anders indien de nationale classificatie in een andere richting wijst. Zie Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 410. Ik wijs in dit verband nog wel op overweging 34 in EHRM 28 oktober 1999, nr. 26780/95, NJCM-bulletin 2000, p. 968-976, m.nt. M.L.W.M. Viering (Escoubet). Daarin overweegt het hof dat het enkele feit dat een bepaalde maatregel in een strafwet wordt opgenomen, niet onmiddellijk leidt tot de vaststelling van een 'criminal charge'. Er moet een situatie bestaan waarin de betrokkene expliciet of impliciet in verband wordt gebracht met het begaan van een strafbaar feit.

153 Het gaat in principe om alternatieve criteria. Verschafft de afzonderlijke toepassing van de criteria geen duidelijkheid over de aanwezigheid van een *criminal charge*, dan is een cumulatieve benadering geboden. Zie EHRM 24 september 1997, RJD 1997-V, nr. 49, p. 1821-1841, JB 1997, 281, m.nt. AWH (Garyfallou), en over deze uitspraak Viering & Fleuren 1997.

154 Zie onder andere Memorie van Toelichting, p. 38, 61-62, HR 5 december 1995, NJ 1996, 411, m.nt. Sch, Groos 1993, p. 541, Keijser-Ringnalda 1994, p. 335-338, Groos 1998, p. 45-47, Fokkens 1999, p. 15, en Keulen 1999, p. 268.

136. Mocht de wetgever werkelijk de rechten van de betrokkene hebben willen verkorten door de ontnemingsmaatregel buiten de strafrechtelijke kaders te plaatsen, dan zou dat mijns inziens geen effect hebben gehad. Ook op basis van de hiervoor genoemde criteria valt de ontnemingsmaatregel onder de 'criminal charge'. In dit kader is met name het criterium van het *sanctiedoel*, welke *de facto* samenvalt met het criterium van de aard van de sanctie, van belang.¹⁵⁵ Wil er sprake kunnen zijn van een 'criminal charge', dan dient de sanctie afschrikwekkend en straffend ('deterrent and punitive') te zijn.¹⁵⁶ Met de ontnemingsmaatregel wordt in elk geval een afschrikwekkende werking beoogd (zie nr. 106). Het is echter aanmerkelijk lastiger om de juiste betekenis van 'punitive' vast te stellen. Het hof geeft daarvan geen nadere definiëring. Vat men het begrip 'punitive' op als bestraffend of als leedtoevoeging, dan brengt dat nieuwe definitieproblemen met zich mee: wanneer is er sprake van een straf of van leedtoevoeging?¹⁵⁷ De meest voor de hand liggende uitweg in deze is het gebruik maken van de criteria die het hof in de zaak *Welch* hanteert en die hiervoor in nr. 132 onder B zijn weergegeven. Indien op grond van deze maatstaven de betreffende sanctie als 'penalty' kan worden aangemerkt, moet worden aangenomen dat het sanctiedoel 'punitive' is.¹⁵⁸ Deze uitleg is in overeenstemming met het meer algemene standpunt in de literatuur dat er al gauw sprake zal zijn van een 'punitive' sanctie indien enig repressief, althans niet-reparatoir, element een rol gaat spelen bij de sanctionering.¹⁵⁹ Zoals reeds bij de bespreking van de zaak *Welch* is gebleken, spelen bij confiscatie naast de reparatoire strekking ook vrijwel altijd niet-reparatoire elementen een rol.

De conclusie is dan ook dat Nederlandse ontnemingsmaatregel en aanverwante ontnemingssancties onder de reikwijdte van de 'criminal charge' vallen. In de literatuur wordt overigens wel anders beweerd. Sommige auteurs wijzen erop dat het EHRM in een aantal zaken – AGOSI, Raimondo, Air Canada – de confiscatie niet als onderdeel van een 'criminal charge' beoordeelt, maar als vorm van een 'determination of civil rights' of als eigendoms kwestie in de zin van art. 1 Eerste Protocol EVRM.¹⁶⁰ Hieruit zou volgen dat het EHRM weinig obstakels opwerpt

155 Aan het vereiste van het norm-adressaat wordt voldaan doordat confiscatie niet beperkt is tot een specifieke groep, maar in beginsel tegen een ieder kan worden aangewend. Ook het vereiste van de zwaarte van de sanctie vormt geen probleem. Deze zwaarte wordt doorgaans gerelateerd aan het maximum van de sanctie. Confiscatie is echter niet gekoppeld aan een maximum en kan daardoor zeer hoog oplopen.

156 Zie bijvoorbeeld de zaak *Öztürk*, overweging 53.

157 Vgl. Strijards 1987, p. 53.

158 In vergelijkbare zin Vervaele 1996, p. 89. Vgl. ook EHRM 23 september 1998, RJD 1998-VIII, nr. 93, p. 2922-2950 (Malige), overwegingen 34 en 35, waar het EHRM in zijn oordeel over de aanwezigheid van een *criminal charge* de criteria uit de zaak *Welch* met betrekking tot de *penalty* betreft.

159 Zie onder andere Den Hartog 1992, p. 115-119, en Viering 1994, p. 163-164.

160 EHRM 24 oktober 1986, Series A vol. 108 (AGOSI), EHRM 22 februari 1994, Series A vol. 281, NJ 1995, 166, m.nt. Kn (Raimondo) en EHRM 5 mei 1995, Series A vol. 316-A (Air Canada).

waar het gaat om confiscatie, in het bijzonder bij de bestrijding van de handel in drugs en de georganiseerde misdaad.¹⁶¹ Men moet echter waken voor al te ferme gevolgtrekkingen. De genoemde uitspraken hebben alle betrekking op vormen van confiscatie die niet zijn gelijk te stellen met – en daarom ook weinig betekenis hebben voor – de Nederlandse ontnemingsmaatregel.¹⁶² Voorts gaat het om – ook in het licht van de gebruikelijke Straatsburgse wijze van beoordeling van klachten – zeer casuïstische oordelen.¹⁶³ Hierdoor is het lastig om algemene lijnen uit de betreffende zaken te destilleren met betrekking tot de opstelling van het EHRM ten aanzien van de rechtsbescherming bij confiscatie van misdaadgeld. Naar mijn mening kan in ieder geval niet worden geconcludeerd dat de Straatsburgse rechtsbescherming op het terrein van de ontneming van misdaadgeld aan het afbrokkelen is.

3.4 *Implicaties voor het karakter van de ontnemingsmaatregel*

137. In deze paragraaf heb ik aan de hand van art. 6 en 7 EVRM onderzocht of het karakter van de ontnemingsmaatregel ertoe leidt dat volstaan zou mogen worden met een verminderde mate van rechtsbescherming. Gebleken is dat beide bepalingen van toepassing zijn op de oplegging van een ontnemingsmaatregel. In dit opzicht is er dan ook geen sprake van een verminderde mate van rechtsbescherming. Meer in het algemeen volgt hieruit dat daar waar de wetgever inderdaad de rechtsbescherming van de betrokkene zou hebben willen beknotten, de EVRM-waARBorgen onverminderd van toepassing zijn. Die waARBorgen kunnen de betrokkene niet worden ontzegd. Er is derhalve ook geen reden om de benoeming van het karakter van de ontnemingsmaatregel als normatief-reparatoir uit het oogpunt van rechtsbescherming los te laten.

161 Zie Vervaele 1996, Fokkens 1999, p. 13-15, en Lamp 2000, p. 514-531. Vgl. in dit verband het citaat uit de zaak *Raimondo* in nr. 34.

162 In de zaak *AGOSI* draaide het om de confiscatie van smokkelwaar. De zaak *Raimondo* heeft betrekking op de preventieve inbeslagneming van goederen in verband met de betrokkenheid bij een mafia-organisatie, welk beslag in een later stadium weer werd opgeheven. De zaak *Air Canada* handelt over de inbeslagneming van een vliegtuig vanwege het (herhaaldelijk) aanwezig hebben van drugs aan boord. Dit beslag is in casu overigens opgeheven na betaling van een som geld. Lamp 2000, p. 519-521, behandelt ook nog de zaak *Gasus* (EHRM 23 februari 1995, Series A vol. 306-B, BNB 1995, 262, m.nt. Feteris). Deze zaak heeft betrekking op het bodemrecht (een bijzonder verhaalsrecht) van de fiscus op eigendom waarop een zekerheidsrecht rust. Ik zie, anders dan Lamp, niet in welke relevantie deze zaak heeft voor de mogelijkheid van confiscatie van misdaadgeld. Zo is buitengewoon lastig om de uitspraak in de zaak *Raimondo* op waarde te schatten nu het gaat om een inbeslagneming die in een later stadium weer wordt opgeheven.

163 Zo is buitengewoon lastig om de uitspraak in de zaak *Raimondo* op waarde te schatten nu het gaat om een inbeslagneming die in een later stadium weer wordt opgeheven.

De reikwijdte van de ontnemingsmaatregel

1 Inleiding

138. De ontnemingsmaatregel beperkt zich niet tot het voordeel dat is verkregen uit het ten laste gelegde feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld. Sinds de invoering van de ontnemingswetgeving kan ook, buiten de tenlastelegging om, met betrekking tot allerlei andere strafbare feiten voordeel worden ontnomen. Het is niet noodzakelijk dat deze feiten in de hoofdzaak aan de orde komen.¹ Deze verruiming van de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel is niet helemaal nieuw. In het economische strafrecht bestaat de mogelijkheid van ontneming van wederrechtelijk voordeel uit soortgelijke feiten immers al langer (zie nr. 64). De verruiming strekt echter verder. Thans heeft de ontnemingsmaatregel ook betrekking op het voordeel dat is verkregen uit feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. Daarnaast is het opleggen van een ontnemingsmaatregel mogelijk indien de betrokkene uit andere strafbare feiten op enigerlei wijze wederrechtelijk voordeel heeft verkregen (art. 36e lid 3 Sr). In het laatste geval is daderschap van de betrokkene niet vereist.

De verruiming van de reikwijdte staat in verband met de introductie van een afzonderlijke ontnemingsprocedure. Deze afzonderlijke procedure maakt het mogelijk dat het Openbaar Ministerie veel meer strafbare feiten ter ontneming van het daaruit verkregen voordeel aan de rechter voorlegt, zonder dat die feiten deel uitmaken van de tenlastelegging. Hierdoor zijn er drie wijzen van strafrechtelijke afdoening ontstaan: een strafbaar feit komt ofwel alleen in de hoofdzaak, ofwel in de hoofd- en de ontnemingszaak, ofwel alleen in de ontnemingsprocedure aan de orde. Dit schept niet alleen meer mogelijkheden, maar leidt ook tot complicaties. Te denken valt aan de vraag op welk moment er sprake is van een finale afdoening. Mag een strafbaar feit dat alleen in ontnemingsprocedure aan de orde is geweest, vervolgens nog in een latere hoofdzaak ten laste worden gelegd? Kan een strafbaar feit dat ten laste is gelegd maar niet tot veroordeling heeft geleid, in een later stadium als (niet-)soortgelijk feit onderdeel uitmaken van een ontnemingsmaatregel? Het antwoord op deze en aanverwante vragen treft men nauwelijks aan in (de wetsgeschiedenis van) de ontnemingswetgeving.

¹ Anders: Wöretshofer 1999, p. 8, 15, 58-61, 64-65, voor wat betreft art. 36e lid 2 Sr. Ik bespreek zijn opvatting nader in nr. 143.

De ontnemingsmaatregel is ook nog in een ander opzicht verruimd. Art. 75 Sr doet, anders dan met betrekking tot andere straffen en maatregelen, het recht tot tenuitvoerlegging van een ontnemingsmaatregel niet vervallen door het overlijden van de veroordeelde. Dientengevolge kunnen de erfgenamen van de betrokkene zich geconfronteerd zien met de tenuitvoerlegging van die maatregel.

139. In dit hoofdstuk bespreek ik de zojuist genoemde facetten van de verruimde reikwijdte van de ontnemingsmaatregel. Allereerst ga ik nader in op de verschillende strafbare feiten die bij het opleggen van een ontnemingsmaatregel kunnen worden betrokken. Aansluitend ga ik aan de hand van het ne bis in idem-beginsel in op het afdoeningskarakter van de ontnemingsmaatregel. Daarbij wordt onderzocht wat de betekenis van het begrip 'vervolgning' is in het kader van de ontnemingswetgeving en welke consequenties daaruit voortvloeien voor met name art. 68 lid 1 Sr. Naar aanleiding van enkele arresten behandel ik vervolgens de mogelijkheden tot oplegging van een ontnemingsmaatregel ter zake van een ten laste gelegd feit dat in de hoofdzaak niet tot veroordeling leidt. In de daartoe strekkende analyse betrek ik mede art. 6 lid 2 EVRM. Het laatste onderwerp komt de mogelijkheid van tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel op de nalatenschap van de betrokkene aan de orde.² *Als*

2 De vier varianten van art. 36e Sr

2.1 Inleiding

140. Tegen degene die wegens een strafbaar feit is veroordeeld, kan het Openbaar Ministerie in een afzonderlijke ontnemingsprocedure een ontnemingsmaatregel vorderen. Op grond van art. 36e leden 1-3 Sr kan die ontnemingsmaatregel betrekking hebben op het voordeel verkregen uit de volgende feiten:

- a. het strafbare feit waarvoor veroordeling heeft plaatsgevonden (lid 2; eerste variant);
- b. soortgelijke feiten waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan (lid 2; tweede variant);
- c. (niet-soortgelijke) feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd en waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan (lid 2; derde variant);

2 Het gaat hierbij niet om de oplegging van de ontnemingsmaatregel, zodat ik strikt genomen buiten de probleemstelling van dit proefschrift treedt (zie nr. 2). De uitzondering op de hoofdregel van art. 75 Sr is echter van belang in relatie tot het karakter van de ontnemingsmaatregel.

- d. andere strafbare feiten die er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk verkregen voordeel heeft verkregen, *mits* de betrokkene is veroordeeld wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, en tegen wie als verdachte van dat misdrijf een SFO is ingesteld. *Niet vereist* is dat de andere strafbare feiten door de betrokkene zijn begaan (lid 3; vierde variant).

Tot deze strafbare feiten behoren geen fiscale overtredingen en misdrijven. Art. 74 AWR bepaalt dat ter zake van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten art. 36e Sr geen toepassing vindt. Deze uitsluiting berust op het gegeven dat het fiscale instrumentarium voldoende is uitgerust om de ontdoken belasting (het voordeel van de belastingplichtige) in te vorderen.³

2.2 *De eerste variant*

141. De eerste variant behoeft nauwelijks toelichting. Het gaat om het feit waarvoor reeds in de hoofdzaak het wettig en overtuigend bewijs is geleverd dat dit feit door de veroordeelde is begaan. Dit feit zal ik verder aanduiden als het grondfeit.

2.3 *De tweede variant*

142. De tweede variant heeft betrekking op *soortgelijke* strafbare feiten. Dit kunnen zowel misdrijven als overtredingen zijn.⁴ De vraag rijst wat onder het begrip 'soortgelijk' dient te worden verstaan. De tekst van de wet verschaft daarover geen duidelijkheid.⁵ Door de minister zijn echter nadere criteria genoemd aan de hand waarvan kan worden bepaald in hoeverre bepaalde delicten soortgelijk zijn.⁶ Soortgelijke feiten zijn, aldus de minister, feiten die tot dezelfde delictscategorie behoren als het feit waarvoor veroordeling heeft plaatsgevonden.⁷ Hij duidt daarbij twee criteria aan. Het eerste criterium is *formeel* van aard: de locatie van het delict binnen de systematiek van de strafwetgeving. Uit de wettelijke rubricering van delicten kan worden afgeleid of deze tot dezelfde delictscategorie behoren. Het tweede criterium is *materieel* van aard: het achterliggende, door de betreffende strafbepalingen concreet te beschermen belang. Op grond van dit tweede criterium

3 Memorie van Toelichting, p. 49. De gelijkkluidende uitsluiting in art. 196a AWDA is komen te vervallen bij de wijziging van de AWDA in de Douanewet (wet van 2 november 1995, Stb. 1995, 554).

4 Anders: Rb. Amsterdam 21 december 1995, JOW 1996, 137.

5 Zie ook Advies van de Raad van State, p. 6, Voorlopig Verslag, p. 8, en Eindverslag, p. 5.

6 Memorie van Toelichting, p. 11-12, Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 8, en Memorie van Antwoord I, p. 11.

7 Voorbeelden zijn overtredingen van de Opiumwet en de bedrogsdelicten met inbegrip van valsheid in geschrift. Zie Memorie van Toelichting, p. 11.

kan bijvoorbeeld een delict uit een bijzondere wet 'soortgelijk' zijn aan een algemeen delict. Het tweede criterium lijkt het beslissende criterium te zijn. De minister wijst er namelijk op dat in één titel van het Wetboek van Strafrecht delicten kunnen zijn opgenomen die uiteenlopende belangen beschermen.⁸ In dat geval zijn de belangen die deze delicten beogen te beschermen, doorslaggevend.⁹

De door de minister aangereikt criteria blinken niet direct uit in helderheid.¹⁰ Met name het materiële criterium biedt een ruime interpretatiemogelijkheid om delicten als soortgelijk te kunnen duiden. Het is echter de vraag of dat de bedoeling van de minister is. Een drugsdelict en een overtreding van de Wet op de kansspelen of van de wapenwetgeving zijn volgens hem bijvoorbeeld geen soortgelijke feiten.¹¹

143. De wetgever heeft in de mogelijkheid van ontneming van het voordeel dat is verkregen met soortgelijke feiten, voorzien uit een oogpunt van efficiëntie. Door deze mogelijkheid kan het Openbaar Ministerie met betrekking tot de tenlastelegging volstaan met een selectie van de feiten, terwijl de ontnemingsmaatregel op alle (soortgelijke) feiten betrekking heeft.¹² Volgens de minister ligt het voor de hand dat de soortgelijke feiten ad informandum zullen worden gevoegd in de hoofdzaak, maar dat is zijns inziens niet verplicht.¹³ Dientengevolge hoeven de soortgelijke feiten niet reeds ter sprake te komen in de hoofdzaak.

Een andersluidend standpunt is ingenomen door Wöretshofer.¹⁴ Hij betoogt dat de bewijslevering met betrekking tot de soortgelijke feiten (alsook de hier na te bespreken niet-soortgelijke feiten) reeds in de hoofdzaak moet geschieden. In de ontnemingsprocedure zou de rechter slechts aandacht moeten besteden aan de vaststelling van de omvang van het uit die feiten verkregen voordeel. Wöretshofer onderbouwt zijn stelling met het argument dat het in de ontnemingsprocedure geldende bewijsvoorschrift (art. 511f Sv) enkel betrekking heeft op de schatting

8 Memorie van Toelichting, p. 11. De minister wijst hier op Titel XXX van boek II Sr (begunstiging).

9 Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5204. Vgl. ook Doorenbos 1997, p. 82, en Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbl.), aant. 6 op art. 36e (suppl. 103). Ik wijs nog op art. 36d Sr, waarin eveneens over soortgelijke feiten wordt gesproken. Zie over deze bepaling nader Beije 1994, p. 195-213. Ook hier geldt als criterium voor de soortgelijkheid het materiële criterium van het beschermde belang. Zie HR 6 mei 1997, NJ 1997, 655, en HR 6 oktober 1998, NJ 1999, 25. In de jurisprudentie zijn echter weinig voorbeelden te vinden van de wijze waarop aan dit criterium vorm wordt gegeven. Zie HR 19 september 1988, NJ 1989, 378, en de conclusie van A-G Kist voor HR 19 december 1967, NJ 1970, 82.

10 Vgl. Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 143. A.A. Franken 1993, p. 150, noemt de door de wetgever genoemde criteria terecht 'abstracte richtlijnen'.

11 Memorie van Toelichting, p. 11. Vgl. ook Van der Neut 1997, p. 47.

12 Memorie van Toelichting, p. 12, en Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 8.

13 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 4. Indien de voeging ad informandum wel verplicht zou zijn, zou de mogelijkheid van ontneming wegens soortgelijke feiten afhankelijk zijn van het feit of de betrokkene die feiten wel of niet bekend heeft. Vgl. Corstens 1999, p. 684-685.

14 Wöretshofer 1999, p. 8, 15, 58-61, 64. In dezelfde zin vermoedelijk ook Hofstee in: T&C Sr 2000, aant. 7e op art. 36e Sr.

van het voordeel.¹⁵ Hij miskent echter dat het bewijscriterium met betrekking tot de vaststelling van de feiten reeds in art. 36e lid 2 Sr ('voldoende aanwijzingen') besloten ligt. In de ontnemingsprocedure moet de rechter vaststellen of die voldoende aanwijzingen voorhanden zijn. Hij wordt bij die vaststelling door de wet noch de wetsgeschiedenis beperkt tot de bewijslevering in de hoofdzaak.¹⁶

2.4 De derde variant

2.4.1 De ratio van art. 36e lid 2 Sr, derde variant

144. De derde variant heeft betrekking op voordeelsontneming wegens *niet-soortgelijke* feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. In het oorspronkelijke wetsontwerp komt deze variant niet voor. Op initiatief van de CDA-fractie is deze mogelijkheid echter in de ontnemingswetgeving opgenomen.¹⁷ De motivering daarvoor luidt dat de samenleving er belang bij heeft dat na een veroordeling zoveel mogelijk wederrechtelijk verkregen voordeel wordt ontnomen. Dit belang leidt ertoe dat ook in gevallen waarin geen SFO is ingesteld, het mogelijk moet zijn om het voordeel afkomstig uit 'andere (zwaardere) feiten' te ontnemen.¹⁸

Aanvankelijk voelt de minister niets voor de toevoeging van deze categorie feiten. Hij wijst erop dat door deze toevoeging een drastische verruiming van de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel plaatsvindt, terwijl deze niet-soortgelijke feiten geen enkel verband houden met het grondfeit en het daarop betrekking hebbende dossier. Mede gelet op het ontbreken van een verplicht uit te voeren financieel onderzoek naar het voordeel dat uit deze feiten zou zijn verkregen, zou het ongewenste gevolg zijn dat de ontnemingsprocedure al te zeer betrekking gaat hebben op allerlei feiten die niet in de hoofdzaak zijn behandeld of daar soortgelijk

15 Wöretshofer 1999, p. 59. Op p. 64 (noot 163) wijst hij verder op Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 4, waar de minister stelt dat de soortgelijke feiten 'in het proces' aan de orde moeten komen. Wöretshofer stelt dat daarmee wordt verwezen naar de hoofdzaak, maar dat blijkt geenszins uit de betreffende passage. Men kan mijns inziens uit de parlementaire stukken niet meer afleiden dan dat de minister *veronderstelt* dat het onderzoek ter terechtzitting en/of het vonnis in de hoofdzaak reeds voor de vaststelling van de soortgelijke feiten relevante informatie verschaft. Vgl. hierna noot 19. Wöretshofer verwijst ook nog naar HR 9 september 1997, NJ 1998, 90, HR 6 oktober 1998, NJ 1998, 914, JOW 1999, 14, en HR 25 mei 1999, JOW 1999, 43. In geen van deze uitspraken komt naar voren dat de Hoge Raad de ontnemingsrechter principieel wil binden aan de bewijslevering in de hoofdzaak.

16 Vgl. ook nr. 327-328.

17 Amendement van het lid V.A.M. van der Burg, nr. 16. Zie ook Voorlopig Verslag, p. 8, en Eindverslag, p. 5.

18 Zie de toelichting bij het amendement van het lid V.A.M. van der Burg, nr. 16.

aan zijn.¹⁹ In het debat met de Tweede Kamer laat de minister deze stellingname echter los. Het argument daarvoor lijkt te zijn dat ontneming wegens niet-soortgelijke feiten praktisch veelal onmogelijk is indien er geen SFO heeft plaatsgevonden. Wordt er vervolgens wel een SFO ingesteld, dan kan de voordeelsontneming ook op grond van art. 36e lid 3 Sr plaatsvinden.²⁰

Deze ontstaansgeschiedenis van de derde variant van art. 36e Sr laat zien dat het bestaansrecht enkel is gelegen in een vaag geformuleerd belang van de samenleving. In welke mate de samenleving tekort zou worden gedaan door 'enkel' te volstaan met de uitbreiding van art. 36e Sr met de soortgelijke feiten alsmede de bijzondere constructie van art. 36e lid 3 Sr, wordt op generlei wijze duidelijk gemaakt. Men krijgt welhaast de indruk dat zonder de toevoeging van de derde variant voordeelsontneming voor een heel scala van strafbare feiten niet mogelijk zou zijn. Al deze feiten kunnen echter gewoon ten laste worden gelegd, terwijl na veroordeling het voordeel, als verkregen uit het grondfeit, kan worden ontnomen. De opneming van de derde variant beschouw ik dan ook als een uiting van een grote politieke bereidheid om zeer ruime mogelijkheden voor voordeelsontneming te creëren, en niet als een weloverwogen en zinvolle uitbreiding van een tekortschietend wettelijk instrumentarium.

2.4.2 'kan worden opgelegd'

145. Er kan alleen voordeel worden ontnomen met betrekking tot niet-soortgelijke feiten indien voor deze feiten een geldboete van de vijfde categorie 'kan worden opgelegd'. Deze terminologie komt ook voor in andere onderdelen van de ontnemingswetgeving. Zie art. 36e lid 3 Sr, art. 94a leden 1 en 2 Sv (het conservatoir beslag) en art. 126 lid 1 Sv (het instellen van het SFO). Met het vijfde categorie-vereiste beoogt de wetgever de toepasbaarheid van deze tamelijk ingrijpende bevoegdheden te beperken tot ernstige strafbare feiten.²¹

Bij de interpretatie van de woorden 'kan worden opgelegd' moeten twee situaties worden onderscheiden. Ten eerste, de situatie waarin de wet de rechter de mogelijkheid biedt een geldboete van een hogere categorie op te leggen dan de wettelijke strafbedreiging ter zake van het betreffende strafbare feit. Ten tweede, de situatie waarin de wet voorziet in een verlaging van het maximaal op te leggen bedrag van de geldboete.

19 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 8-9. Zie ook Memorie van Antwoord, p. 13, en de opmerkingen van de minister in het debat met de Tweede Kamer, Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5199.

20 Zie Handelingen TK 3 juni 1992, p. 5141, 5155, en Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5199, 5200, 5214, 5216, 5218, 5224.

21 Memorie van Toelichting, p. 13, 19-20, 30-31.

146. De eerste situatie kan zich op grond van drie bepalingen voordoen. Art. 23 lid 7 Sr bepaalt dat bij de veroordeling van een rechtspersoon door de rechter een geldboete van de naast hogere categorie kan worden opgelegd, indien de geldboetecategorie waarmee het strafbare feit is bedreigd geen passende bestraffing vormt. In art. 6 lid 1 WED wordt voorgeschreven dat er ten aanzien van een groot aantal economische delicten een geldboete van de naast hogere categorie kan worden opgelegd indien de waarde van de goederen waarmee of met betrekking tot welke het economisch delict is begaan, of die geheel of gedeeltelijk door middel van het economisch delict zijn verkregen, hoger is dan een vierde gedeelte van het maximum van de geldboete dat voor het betreffende delict kan worden opgelegd. Deze laatste mogelijkheid geldt *naast* de verhogingsmogelijkheid voor rechtspersonen. Er is dus een 'dubbelsprong' van de derde naar de vijfde categorie mogelijk, indien in het concrete geval zowel art. 6 lid 1 WED als art. 23 lid 7 Sr van toepassing zijn. Art. 12 Opiumwet biedt voor een groot aantal Opiumwet-delicten eenzelfde verhogingsmogelijkheid als art. 6 lid 1 WED. Op grond van deze drie bepalingen is het derhalve mogelijk dat met betrekking tot een strafbaar feit dat met een geldboete van de vierde – of in geval van cumulatie van art. 6 lid 1 WED en art. 23 lid 7 Sr: de derde – categorie wordt bedreigd, een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. In deze gevallen is de toepassing van de derde en de vierde variant van art. 36e Sr, het conservatoir beslag van art. 94a Sv en het instellen van een SFO mogelijk.

147. Het voorgaande blijkt niet enkel uit de bewoordingen van art. 23 lid 7 Sr, art. 6 lid 1 WED en art. 12 Opiumwet, maar ook uit de wetsgeschiedenis en het systeem van de wet.²² Zowel in het voorontwerp van de werkgroep-Schutte als het wetsontwerp zoals dat aan de Raad van State is aangeboden worden met betrekking tot art. 36e lid 3 Sr,²³ art. 94a Sv en art. 126 lid 1 Sv de woorden 'naar de wettelijke omschrijving een geldboete van de vijfde categorie is gesteld' gehanteerd.²⁴ Deze terminologie komt overeen met de gehanteerde terminologie in art. 67 lid 1 sub a Sv: één van de gevallen van voorlopige hechtenis betreft de categorie misdrijven 'waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld'. Met deze formulering wordt geabstraheerd van (algemene) strafverhogende of strafverlagende omstandigheden. Beslissend is de

22 Zie ook Doorenbos 1993, p. 934-935, Van der Landen in: Melai e.a. (losbl.), aant. 7 op art. 126-126f (suppl. 86), Wöretshofer in: Melai e.a. (losbl.), aant. 4 op art. 94a (suppl. 91), Doorenbos 1997, p. 39-41, De Groot & Simmelink 1997, p. 77, Brouwer 1999, p. 54-56, Corstens 1999, p. 332, Keulen 1999, p. 75, en Lamp 2000, p. 91 (noot 27). In dezelfde zin kennelijk ook Vennix 1998, p. 106.

23 De derde variant is dan nog niet in beeld.

24 Eindrapport-Schutte 1988, p. 5, 7, 10, en Oorspronkelijke tekst van het Voorstel van wet en de Memorie van Toelichting zoals voorgesteld aan de Raad van State en voor zover nadien gewijzigd, p. 1.

strafbedreiging zoals deze in de wettelijke omschrijving van het delict wordt gegeven.²⁵

Voordat het wetsvoorstel aan de Tweede Kamer wordt aangeboden, vervangt de minister deze terminologie door 'kan worden opgelegd'. Hij geeft daarbij aan dat '(...) deze wijziging is ingegeven door het bepaalde in artikel 6, eerste lid, laatste volzin, WED en artikel 12 van de Opiumwet.'²⁶ Hieruit blijkt duidelijk dat de minister de toepasselijkheid van art. 36e lid 3 Sr, art. 94a Sv en art. 126 lid 1 Sv mede afhankelijk heeft willen maken van de aanwezigheid van strafmaatverhogende feiten en omstandigheden.²⁷ Het enkele feit dat de minister niet naar art. 23 lid 7 Sr verwijst, doet daaraan niet af.²⁸ Daarnaast kan worden gewezen op art. 67a lid 2 sub a Sv zoals dat tot 1 april 1994 van kracht was.²⁹ Tengevolge van de daarin voorkomende zinsnede 'kan worden opgelegd' diende voor de betreffende grond van voorlopige hechtenis te worden aangeknoopt bij de in het concrete geval geldende maximale strafbedreiging.³⁰

Deze interpretatie van de woorden 'kan worden opgelegd' in relatie tot strafmaatverhogende feiten en omstandigheden is naar mijn mening ook van toepassing met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr, derde variant.³¹ De wet, de wetsgeschiedenis noch het systeem van de wet geeft immers aanleiding voor een afwijkende interpretatie. Een gevolg hiervan is dat de derde variant van art. 36e Sr onder omstandigheden reeds van toepassing kan zijn bij overtredingen die naar de wettelijke omschrijving met een geldboete van de derde categorie zijn bedreigd. Het is bepaald de vraag of een dergelijk ruime toepassingsbereik ook daadwerkelijk

25 HR 28 oktober 1929, NJ 1930, p. 310, en HR 4 juni 1974, NJ 1974, 395. Zie voorts Van Veen & Balkema 1982, p. 31, Reijntjes 1994, p. 67, Reijntjes in: Melai e.a. (losbl.), aant. 5 op art. 67 (suppl. 118), en Corstens 1999, p. 378. Strafverhogende en strafverlagende omstandigheden die in de delictomschrijving zijn opgenomen, zijn daarmee wel van belang voor de toepassing van art. 67 lid 1 sub a Sv.

26 Nader Rapport, p. 19.

27 De minister hanteert de nieuwe terminologie overigens niet consequent in de latere kamerstukken. Daarin wordt nog veelvuldig gesproken over 'is gesteld'. Zie Memorie van Toelichting, p. 19-20, Memorie van Antwoord, p. 2, 12, 13, 17, 18, 20, en Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 8, 9.

28 Keulen 1999, p. 76, beperkt de relevantie van art. 23 lid 7 Sr tot die gevallen waarin de rechter in de hoofdzaak daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van die bevoegdheid. Naar mijn mening is echter doorslaggevend de (theoretische) mogelijkheid van een strafmaatverhoging. Vgl. ook Vegter in: Jonkers e.a. (losbl.), p. VII-100 (suppl. 45). Een andersluidende opvatting levert problemen op voor de toepassing van art. 94a Sv en art. 126 lid 1 Sv in de situatie waarin er nog geen vonnis (in eerste aanleg) is gewezen.

29 Wet van 21 december 1994, Stb. 1995, 31. Thans spreekt art. 67a lid 2 sub 1 Sv over 'naar de wettelijke omschrijving (...) is gesteld'. De wetgever is met deze wijziging tegemoet gekomen aan de reeds in 1982 geuite bezwaren van de Evaluatiecommissie voorlopige hechtenis, welke in hoofdzaak betrekking hebben op de niet-toepasselijkheid van art. 67a lid 2 sub 1 Sv (oud) bij poging tot doodslag. Zie Memorie van Toelichting, TK 1992-1993, 23 178, nr. 3, p. 7, alsmede bijlage 1 bij het eindrapport van genoemde commissie.

30 Zie Hof Arnhem 21 november 1975, NJ 1976, 385, Van Veen & Balkema 1982, p. 31, 36, Reijntjes 1994, p. 67, 75-76, en Reijntjes in: Melai c.s. (losbl.), aant. 10 op art. 67a Sv (suppl. 114).

31 In gelijke zin Van der Neut 1997, p. 48, Doorenbos 1997, p. 83-84, en Keulen 1999, p. 74-75.

is beoogd door de wetgever. De ontnemingswetgeving *lijkt* zich te beperken tot ernstige vormen van criminaliteit,³² maar een werkelijke beperking is niet in de wet terug te vinden.³³

148. De tweede situatie die voor de interpretatie van de woorden 'kan worden opgelegd' van belang is, betreft de gevallen waarin de wet het maximum van de geldboete verlaagt. In geval van poging tot en medeplichtigheid aan een misdrijf wordt het maximum van de hoofdstraffen, waaronder de geldboete, die op het misdrijf zijn gesteld, verminderd met een derde (art. 45 lid 2 en 49 lid 1 Sr), in geval van voorbereiding van een misdrijf met de helft (art. 46 lid 2 Sr). Welke betekenis hebben deze strafverlagingsgronden voor de mogelijkheid van toepassing van art. 36e lid 2, derde variant?³⁴

Evenals bij de gronden voor strafverhoging ligt het antwoord besloten in het systeem van de wet. Gelet op de uitleg van de bewoordingen in art. 67 lid 1 sub a Sv en met name art. 67a lid 2 sub a (oud)³⁵ Sv moet mijns inziens bij de vraag of er een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, worden uitgegaan van de maximaal op te leggen geldboete in de omstandigheden van het geval. Het zou inconsistent zijn wel rekening te houden met strafmaatverhogende, maar niet met strafmaatverlagende feiten en omstandigheden.³⁶ Ergo: indien er sprake is van poging tot, medeplichtigheid aan of voorbereiding van een misdrijf dat wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie, mist ter zake van het daaruit verkregen voordeel art. 36e lid 2 Sr, derde variant toepassing.³⁷

32 Vgl. Memorie van Toelichting, p. 13, waar de minister met betrekking tot art. 36e lid 3 Sr betoogt dat de toepasselijkheid daarvan is beperkt tot '(...) misdrijven die blijken hun boetebedreiging tot de zware vermogensmisdrijven behoren. (...) Ook andere misdrijven die in de sfeer van de zware (georganiseerde) misdaad worden begaan komen in beeld (...)'

33 Zie hieromtrent nr. 108. Vgl. ook Doorenbos 1993, p. 935, die – mijns inziens terecht – voorstelt om de strafverhogingsmogelijkheden in art. 6 lid 1 WED en art. 12 Opiumwet te schrappen. Een soortgelijk voorstel is overigens gedaan door J.J.E. Schutte (de voorzitter van de werkgroep-Schutte). Hij verbindt daar wel de consequentie aan dat de strafmaat in art. 10 lid 1 en art. 11 lid 2 WED alsmede in art. 6 lid 1 sub 2 en 3 Opiumwet tot de vijfde categorie zou moeten worden opgehoogd. Zie Schutte 1991, p. 170, 173. Vgl. voorts Keijser-Ringnalda 1994, p. 15-17.

34 Het voordeel dat uit poging, medeplichtigheid of voorbereiding verkregen zou kunnen worden, is bijvoorbeeld een beloning voor de – al dan niet geslaagde – inspanningen ter zake van een bepaald misdrijf.

35 Zie de bronnen genoemd in noot 30.

36 In gelijke zin Wöretshofer in: Melai e.a. (losbl.), aant. 4 op art. 94a (suppl. 91). Zie ook het rapport-Wortel 1997, p. 3. Anders: De Groot & Simmelink 1997, p. 78, en Lamp 2000, p. 91 (noot 27). De Groot & Simmelink negeren de hiervoor besproken wijziging van de formulering in art. 36e lid 3 Sr, art. 94a Sv en art. 126 lid 1 Sv (zie nr. 147). Daarnaast hechten zij naar mijn mening teveel betekenis aan de redactionele bepalingen van art. 78 Sr en art. 129 Sv. Deze bepalingen bieden expliciet de mogelijkheid voor het maken van uitzonderingen. Art. 45 lid 2, 46 lid 2, en 49 lid 1 Sr zijn zulke uitzonderingen. Zie Noyon-Langemeijer-Rommelink (losbl.), aant. 2 op art. 78 Sr (suppl. 97).

37 Keulen 1999, p. 76, lijkt er met betrekking tot art. 36e lid 3 Sr vanuit te gaan dat in geval van medeplichtigheid wel wordt voldaan aan het criterium dat een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. De maximaal op te leggen boete bedraagt namelijk f 66.666, hetgeen hoger

149. Ik wijs op deze plaats naar de in nr. 143 besproken opvatting van Wöretshofer omtrent de noodzaak van bewijslevering in de hoofdzaak ten behoeve van de oplegging van een ontnemingsmaatregel. Zijn opvatting heeft ook betrekking op art. 36e lid 2 Sr, derde variant.³⁸ Ik deel deze opvatting niet om de aldaar vermelde redenen.

2.5 De vierde variant

2.5.1 De ratio van art. 36e lid 3 Sr

150. Met betrekking tot de tweede en de derde variant dienen er voldoende aanwijzingen te bestaan dat deze feiten *door de betrokkene* zijn begaan. De vierde variant – art. 36e lid 3 Sr – gaat een stap verder: indien iemand is veroordeeld wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, en wegens dat misdrijf tegen hem een SFO is ingesteld, kan aan hem een ontnemingsmaatregel worden opgelegd, '(...) indien gelet op dat onderzoek [het SFO; MJB] aannemelijk is dat ook andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.' Niet vereist is dat de veroordeelde die 'andere strafbare feiten' zelf heeft begaan. Het enkel verkrijgen van het voordeel uit die andere feiten volstaat.³⁹ Of deze verkrijging op zichzelf een strafbaar feit (heling, witwassen) oplevert, is irrelevant. De vierde variant is volgens de minister gericht op 'de volledige crimineel-financiële handel en wandel' van de veroordeelde.⁴⁰ Maar daarmee verhult de minister de kern van de zaak. Art. 36e lid 3 Sr constitueert een bijzondere strafrechtelijke aansprakelijkheid, eruit bestaande dat de betrokkene onder omstandigheden een betalingsverplichting ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel krijgt opgelegd zonder dat hij het daaraan ten grondslag liggende strafbare feit heeft begaan of dat de verkrijging van het geld als een strafbaar feit hoeft te gelden.⁴¹

151. De tekst van art. 36e lid 3 Sr is gedurende de parlementaire behandeling gewijzigd. In het oorspronkelijke wetsvoorstel luidt art. 36e lid 3 Sr:

is dan een geldboete van de vierde categorie. Van doorslaggevend belang lijkt mij echter dat de wet in art. 23 lid 4 Sr spreekt over '(...) de vijfde categorie, honderdduizend gulden (...)'. Die boete kan in het geval van medeplichtigheid (als ook poging en voorbereiding) niet worden opgelegd.

38 Wöretshofer 1999, p. 65.

39 Vgl. Memorie van Toelichting, p. 12-13, en Memorie van Antwoord I, p. 5.

40 Aldus de minister in het debat met de Tweede Kamer. Zie Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5200. De minister spreekt daarnaast van 'concentratie op het criminele subject' (p. 5200), de 'criminele loopbaan' (p. 5227) en 'strafbare feiten in de onbepaalde meervoudsvorm' (p. 5432).

41 Vgl. ook Wöretshofer 1999, p. 16: 'De vierde categorie [art. 36e lid 3 Sr; MJB] ziet derhalve uitsluitend toe op het profiteren van criminele activiteiten.'

Op vordering van het openbaar ministerie kan bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een misdrijf, waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, en tegen wie als verdachte van dat misdrijf een strafrechtelijk financieel onderzoek is ingesteld, de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat, indien gelet op dat onderzoek aannemelijk is dat de veroordeelde *ook op enigerlei andere wijze wederrechtelijk voordeel* heeft verkregen.⁴²

Deze tekst is in één opzicht ruimer dan de uiteindelijke tekst van art. 36e lid 3 Sr. Het gaat in de oorspronkelijke tekst om 'wederrechtelijk voordeel' dat 'op enigerlei andere wijze' is verkregen. De Raad van State constateert dat deze formulering het ook mogelijk maakt om voordeel te ontnemen dat *niet* uit strafbare feiten is verkregen, maar anderszins wederrechtelijk van aard is, bijvoorbeeld: voordeel tengevolge van het niet-nakomen van een contractuele betalingsverplichting. De tekst van art. 36e lid 3 Sr zou echter duidelijk moeten maken dat het gaat om voordeel dat is verkregen uit enig strafbaar feit.⁴³

De minister acht deze uitbreiding bezwaarlijk omdat de verwijzing naar enig strafbaar feit veronderstelt dat ook moet worden aangetoond om welke strafbare feiten het *in concreto* gaat. De vierde variant beoogt juist te voorkomen dat een dergelijk bewijs door het Openbaar Ministerie moet worden geleverd.⁴⁴ Het standpunt van de minister hangt nauw samen met zijn wens om op basis van een vermogensvergelijking wederrechtelijk verkregen voordeel te kunnen ontnemen. Die vergelijking is gericht op het indirect vaststellen van de herkomst van een bepaald vermogen aan de hand van met name legale bronnen van inkomsten. Daarbij bestaat er ten aanzien van de betrokkene een zekere verwachting dat hij actief participeert in de bewijsvoering.⁴⁵

De D66-fractie acht het echter wenselijk om een nauwer verband tussen het strafbare feit en het daaruit voortvloeiende wederrechtelijk verkregen voordeel voor de veroordeelde te eisen. Derhalve stelt zij voor om de woorden 'op enigerlei wijze' te vervangen door 'door middel van of uit de baten van andere strafbare feiten'.⁴⁶ Dit voorstel wordt niet aangenomen, maar de minister wijzigt de woorden

42 Voorstel van Wet, p. 3 (cursivering toegevoegd).

43 Advies van de Raad van State, p. 18. Uit de oorspronkelijke tekst van art. 36e lid 3 Sr blijkt daarentegen weer niet dat het ook kan gaan om het voordeel uit strafbare feiten die door een ander dan de betrokkene zijn begaan.

44 Nader Rapport, p. 18. Zie ook Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 9, waar de minister stelt dat het niet noodzakelijk is dat alle feiten waaruit het voordeel is verkregen, worden gespecificeerd.

45 Zie voor een uitgebreide weergave van de relevante passages uit de parlementaire geschiedenis nr. 357-361.

46 Gewijzigd amendement (nr. 11) van het kamerlid Wolffensperger. Aanvankelijk stelde Wolffensperger voor om de woorden 'op enigerlei wijze' te vervangen door 'door middel van of uit de baten van andere strafbare feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd', doch dit amendement wordt gewijzigd.

'dat de veroordeelde ook op enigerlei andere wijze wederrechtelijk voordeel heeft verkregen' door: 'dat ook andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen'. Hij wil hiermee verduidelijken dat het voordeel inderdaad uit *strafbare* feiten moet zijn verkregen, maar stelt uitdrukkelijk: 'Daarbij behoeft niet te worden aannemelijk gemaakt welk deel van het voordeel in concreto aan welk nader bepaald strafbaar feit dient te worden toegeschreven.'⁴⁷

Uit het voorgaande blijkt op welke wijze de bijzondere strafrechtelijke aansprakelijkheid van art. 36e lid 3 Sr is vormgegeven, te weten: als bewijsconstructie. Het gaat niet om de vraag in hoeverre de betrokkene uit een specifiek strafbaar feit voordeel heeft verkregen, maar om de vraag in hoeverre een bepaald vermogen *in abstracto* kan worden gerelateerd aan een patroon van criminele betrokkenheid. Het bewijs van deze relatie kan worden geleverd zonder dat elk strafbaar feit dat aan de verkrijging van het voordeel ten grondslag ligt, afzonderlijk hoeft te worden bewezen.⁴⁸ Deze bewijsconstructie verklaart ook waarom art. 36e lid 3 Sr geen daderschap van de betrokkene vereist. Zou dit vereiste wel gelden, dan ontkomt de rechter er niet aan alle feiten die hebben geleid tot het wederrechtelijke voordeel van de betrokkene individueel vast te stellen. Alleen door af te zien van de vaststelling van het daderschap, is een bewijsconstructie mogelijk welke zich in hoofdzaak richt op de vaststelling van het ontbreken van een rechtmatige herkomst van een bepaald vermogen.

2.5.2 Art. 36e lid 3 Sr in detail

152. Bij drie aspecten van art. 36e lid 3 Sr wil ik nog stilstaan. Het gaat om het vereiste van een veroordeling wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, de verplichte instelling van een SFO en de betekenis van het woordje 'ook' in art. 36e lid 3 Sr.

Het vereiste van een veroordeling wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, beoogt de toepassing van de vierde variant te beperken tot ernstige en overwegend georganiseerde vormen van criminaliteit.⁴⁹ Op dit onderdeel geldt echter dezelfde relativisering als met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr, derde variant: gelet op de betekenis van de woorden 'kan worden opgelegd' kan art. 36e lid 3 Sr in veel meer gevallen worden toegepast (zie nr. 147). De werkelijkheid van de tekst van de wet is een andere dan die in de parlementaire stukken wordt geschetst.

47 Vijfde Nota van Wijzigingen, p. 1. Daarnaast voegt de minister na de woorden 'tot betaling van een geldbedrag aan de Staat' toe: 'ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel'.

48 Zie nader hoofdstuk 7.

49 Zie onder meer Memorie van Toelichting, p. 12-13.

Een andere, meer met de uitlatingen van de minister in overeenstemming zijnde afbakening is niet ondenkbaar. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het *erweiterte Verfall* (§ 73d StGB). Deze mogelijkheid van *Verfall* vertoont grote gelijkenis met art. 36e lid 3 Sr. Ontneming van vermogensbestanddelen van de dader is mogelijk op grond van § 73d Abs. 1 StGB indien '(...) die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind.' Ook voor deze bepaling geldt dat de feiten die tot het wederrechtelijk vermogen hebben geleid, niet afzonderlijk hoeven te worden vastgesteld.⁵⁰ De toepasbaarheid van het *erweiterte Verfall* kent echter een andere en naar mijn mening passender afbakening dan de vierde variant van art. 36e lid 3 Sr. De Duitse rechter mag blijkens § 73d Abs. 1 StGB het *erweiterte Verfall* alleen toepassen indien '(...) eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden [ist], das auf diese Vorschrift verweist (...)'.⁵¹

Met betrekking tot verschillende delicten is een dergelijke verwijzing in de wet opgenomen, waarbij telkens als aanvullende voorwaarde geldt dat de dader als lid van een organisatie handelt en/of dat hij *gewerbsmäßig*⁵² handelt.⁵³ Voorbeelden van dergelijke delicten zijn valsmunterij, mensenhandel, afpersing, heling, witwassen en drugsdelicten. Met deze wijze van afbakening beoogt de Duitse wetgever de toepassing van het *erweiterte Verfall* te beperken tot ernstige vormen van criminaliteit.⁵⁴

Deze methode is mijns inziens te prefereren boven de wijze van afbakening van art. 36e lid 3 Sr. Mits er geen eindeloze opsomming van strafbare feiten wordt opgenomen, kent de Duitse benadering als voordeel dat de wetgever een bevoegdheid daadwerkelijk kan beperken tot bepaalde vormen van criminaliteit. Een strafbaar feit dat met een hoge geldboete is bedreigd, heeft weliswaar te gelden als een (relatief) ernstig strafbaar feit,⁵⁴ maar het impliceert niet per definitie dat de toepassing van de vergaande ontnemingsmogelijkheid van art. 36e lid 3 Sr ook noodzakelijk is.

153. Art. 36e lid 3 Sr kan alleen worden toegepast indien tegen de betrokkene als verdachte van het feit waarvoor hij later wordt veroordeeld, een SFO is geopend. De verkrijging van wederrechtelijk voordeel moet 'gelet op dat onderzoek' aannemelijk zijn. Door deze binding van de toepassing van art. 36e lid 3 Sr aan

50 Zie hieromtrent nader nr. 405-411.

51 Die term laat zich mijns inziens in deze context het beste vertalen als 'bij wijze van gewoonte' (vgl. bijvoorbeeld gewoonteheling, art. 417 Sr).

52 Zie voor een overzicht van deze delicten Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73d, Rn. 8, en Tröndle/Fischer-Fischer, § 73d, Rn. 6.

53 Zie *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Erweiterte Verfall*, BR-Dr. 16/90, p. 10, BT-Dr. 11/6623, p. 6.

54 Al geldt ook hier dat de tweetrapsraket van art. 6 lid 1 WED en art. 23 lid 7 Sr onder omstandigheden een sprong van de derde naar de vijfde categorie mogelijk maakt. Zie nr. 146.

(de resultaten van) een SFO beoogt de minister te garanderen dat aan de oplegging van de ontnemingsmaatregel '(...) een gedegen onderzoek ten grondslag (...)’ ligt, waarbij '(...) het onderzoek in overeenstemming met de te dien behoeve gegeven rechtsinstrumenten dient te zijn uitgevoerd.’⁵⁵

De minister doet voorkomen dat het SFO een waarborg voor de betrokkene inhoudt. Dat is echter een onjuiste voorstelling van zaken. Allereerst is het de vraag of het SFO-vereiste daadwerkelijk een beperking inhoudt. De rechter kan de woorden ‘gelet op dat onderzoek’ ruim opvatten door ook het materiaal dat geheel of ten dele naar (de resultaten van) het SFO is te herleiden, daaronder te scharen.⁵⁶ Een andere mogelijkheid is het gelasten van een nader financieel onderzoek op grond van art. 51 lid 2 Sv in het geval dat de rechter het vermoeden heeft dat er relevante informatie voorhanden is, maar dat die buiten de resultaten van het SFO is gebleven. Belangrijker is evenwel dat de minister een waarborg ten behoeve van de betrokkene presenteert die bestaat uit een onderzoek waar primair bewijsmateriaal *tegen* hem wordt verzameld.⁵⁷ Het belang van het SFO-vereiste laat zich dan ook lastig begrijpen.⁵⁸ Naar mijn mening kan deze beperking komen te vervallen.

In dit kader kan nog worden gewezen op een uitspraak van de Hoge Raad, waarin het voorschrift dat het SFO is ingesteld ter zake van het feit waarvoor de betrokkene wordt veroordeeld, aan de orde komt.⁵⁹ De Hoge Raad oordeelt dat art. 36e lid 3 Sr ook mag worden toegepast indien het SFO op grond van een ander feit is ingesteld, waarmee hij het genoemde voorschrift in wezen negeert. Het argument daarvoor is dat de ‘waarborgen’ die volgens de minister besloten liggen in het SFO-vereiste, evenzeer van toepassing zijn indien het SFO op grond van een ander feit is geopend.⁶⁰ Hoewel het bepaald opmerkelijk mag worden genoemd dat de Hoge Raad een expliciete wettelijke formulering negeert, is de uitkomst, gelet op de irrationele strekking van het SFO-vereiste, te billijken.⁶¹

55 Memorie van Toelichting, p. 13.

56 Keulen 1999, p. 79.

57 Al is het niet uitgesloten dat het SFO ook ontlastend materiaal voortbrengt.

58 Zie ook Keulen 1999, p. 79-80. Iets minder stellig zijn Van der Landen in: Melai c.s. (losbl.), aant. 7 op art. 126-126f (suppl. 85), en Wöretshofer 1999, p. 67.

59 HR 14 september 1999, NJ 2000, 55, m.nt. JR, JOW 1999, 61, JOW 2000, 23. Vgl. ook HR 21 september 1999, NJ 2000, 161, overweging 3.2.2.

60 Daarnaast merkt de Hoge Raad op dat de wetgever ‘(...) bij het redigeren van de tekst van art. 36e, derde lid, Sr klaarblijkelijk alleen het oog [heeft] gehad op het eenvoudige geval dat het SFO slechts één enkel strafbaar feit betreft.’ Deze zinsnede staat in verband met overwegingen van de Hoge Raad in hetzelfde arrest met betrekking tot de sluiting van het SFO van art. 126f lid 2 Sv. Ik laat deze kwestie verder onbesproken.

61 In vergelijkbare zin Reijntjes in zijn noot onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 55. Hij werpt niettemin de vraag op of de Hoge Raad deze kwestie niet aan de wetgever had moeten overlaten. Vgl. voorts Keulen 1999, p. 81-82, die ‘een zekere mate van identiteit’ eist tussen het feit op grond waarvan het SFO wordt ingesteld, en het feit waarvoor de betrokkene wordt veroordeeld.

154. Art. 36e lid 3 Sr vereist dat aannemelijk is dat *ook* andere strafbare feiten tot het wederrechtelijk verkregen voordeel hebben geleid. Betekent dit dat art. 36e lid 3 Sr alleen kan worden toegepast indien er wordt vastgesteld dat de betrokkene in elk geval uit het grondfeit (enig) voordeel heeft verkregen? Deze vraag is aan de orde geweest tijdens de parlementaire behandeling, maar het debat daaromtrent is ondoorzichtig. Ik licht dit toe.

In het debat met de Tweede Kamer stelt de woordvoerder van de PvdA-fractie dat met het woordje 'ook' wordt bedoeld dat zowel uit het grondfeit als uit andere (strafbare) feiten voordeel is verkregen. De minister lijkt echter een voorkeur te hebben voor een interpretatie als alternatief vereiste: of uit het grondfeit of uit andere feiten moet voordeel zijn verkregen. De voorzitter van de Tweede Kamer kapt op dat moment het debat af, omdat het naar zijn mening te technisch van aard wordt.⁶² In het debat met de Eerste Kamer gaat de PvdA-fractie wederom in op de betekenis van het woordje 'ook'. Zij stelt nogmaals dat vereist is dat uit het grondfeit *en* uit andere strafbare feiten voordeel is verkregen.⁶³ De minister reageert daar als volgt op:

Zonder vanaf deze plaats een definitief oordeel te willen geven over de juiste uitleg van de wet heb ik de neiging om (...) de interpretatie van 'ook' te geven dat er ook voordeel moet zijn uit het grondfeit.⁶⁴

De minister geeft hiermee, in afwijking van zijn stellingname in de Tweede Kamer, de *voorkeur* aan een letterlijke interpretatie van art. 36e lid 3 Sr. Het is voor mij onduidelijk waarom een minister geen helderheid wil verschaffen over dit onderdeel van het eigen wetsvoorstel.

155. Een argument voor de tweede opvatting van de minister zou kunnen zijn dat het verkrijgen van enig voordeel uit een ernstig strafbaar feit (het grondfeit) een zekere rechtvaardiging verschaft voor de toepassing van de vierde variant van 36e Sr.⁶⁵ Indien men bedenkt dat dan een stuiver voordeel uit het grondfeit volstaat, heeft die rechtvaardiging echter weinig om het lijf.⁶⁶ Men kan in dat geval net zo goed het vereiste dat de betrokkene 'ook' uit het grondfeit enig voordeel heeft verkregen, laten vallen. Dat resultaat kan men overigens bereiken door een andere interpretatie van het woordje 'ook'. Die interpretatie is gegeven door de Rechtbank Middelburg:

62 Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5217.

63 Handelingen EK 8 december 1992, p. 348.

64 Handelingen EK 8 december 1992, p. 351.

65 In die zin Keulen 1999, p. 77.

66 Zie ook Doorenbos 1997, p. 86, en Reijntjes in zijn noot onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 55.

Naar het oordeel van de rechtbank verwijst het woordje "ook" in artikel 36e lid 3 Sr slechts naar de aldaar bedoelde categorie feiten (andere strafbare feiten), met uitsluiting van de categorieën feiten genoemd in de leden 1 en 2 van dat artikel (respectievelijk grondmisdriven en soortgelijke feiten), en niet naar het wederrechtelijk voordeel dat uit die feiten is verkregen.⁶⁷

De rechtbank gaat wellicht niet uit van de meest voor de hand liggende lezing van art. 36e lid 3 Sr, maar het resultaat is mijns inziens niet onbevredigend.

Belangrijker dan alle interpretatiemogelijkheden van het woordje 'ook' is echter de constatering dat op dit onderdeel wederom blijkt dat de wetgever er niet in geslaagd is om de toepassing van (onder andere) de vierde variant van art. 36e Sr op een rationele wijze vorm te geven. Het plenaire debat over het woordje 'ook' vormt daarvan een pijnlijke illustratie.

156. De bespreking van deze drie aspecten van art. 36e lid 3 Sr, leidt tot de meer algemene conclusie dat de vormgeving van deze bepaling niet in alle opzichten geslaagd is. De afbakening van de toepassing van de vierde variant van art. 36e Sr is naar mijn mening onvoldoende. Het Duitse recht laat zien dat een afzonderlijke opsomming van in aanmerking komende strafbare feiten, een beter alternatief is voor de afbakening. Het vereiste van een SFO kent geen duidelijke ratio en ook daarbuiten is er geen reden het vereiste te handhaven. Hetzelfde geldt eveneens voor het woordje 'ook'.

2.6 *Het strafbare feit*

157. Art. 36e Sr heeft betrekking op strafbare feiten. Maar wat is nu de precieze betekenis daarvan? Gaat het hier enkel om de strafbaarheid van het feit en niet van de dader, waardoor evenals in het Duitse recht met een *rechtswidrige Tat* kan worden volstaan (zie ook nr. 118)? In het vorige hoofdstuk heb ik gewezen op het voorstel van de werkgroep-Schutte om expliciet in de wet te bepalen dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel mogelijk is in geval van vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning, mits de rechter heeft vastgesteld dat de betrokkene het strafbare feit heeft begaan. Dit voorstel is door de minister verworpen. Hoewel hij de redenen daarvoor niet duidelijk heeft geëxpliciteerd, lijkt het erop dat verwijtbaarheid geen noodzakelijk vereiste voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel is met uitzondering van de eerste variant van art.

67 Rb. Middelburg 15 juli 1998, JOW 1999, 9. De rechtbank verwijst daarbij naar Memorie van Toelichting, p. 12-13. De minister merkt daarop dat art. 36e Sr beoogt voordeelsontneming mogelijk te maken '(...) niet alleen voor het wederrechtelijk voordeel dat hij [de betrokkene; MJB] uit dat misdrijf of eventuele soortgelijke misdrijven heeft getrokken, maar ook voor enigerlei andere wederrechtelijke verkrijging (...)' (cursivering toegevoegd).

36e Sr. Voor die variant is enkel op praktische gronden een veroordeling als voorwaarde voor die oplegging gesteld (zie nr. 119-120).

Het ontbreken van de voorwaarde van verwijtbaarheid kan worden verklaard op grond van het rechtsherstellende karakter van de ontnemingsmaatregel. Ook indien de betrokkene op een niet-verwijtbare wijze wederrechtelijk voordeel heeft verkregen, kan het onwenselijk worden geacht dat hij daarover blijft beschikken.⁶⁸ Daarbij kan in het bijzonder worden gewezen op de vierde variant van art. 36e Sr, waarbij de verkrijging van het voordeel geen strafbaar feit hoeft op te leveren en in die zin ook geen verwijtbaarheid is vereist (zie nr. 150). Verder is het op grond van art. 75 Sr mogelijk dat een onherroepelijk opgelegde ontnemingsmaatregel ten uitvoer wordt gelegd onder de erfgenamen van wijlen de betrokkene, ook indien de erfgenamen geen notie hebben van de strafbare feiten die de betrokkene heeft begaan (zie nr. 208).⁶⁹

158. Voor de precieze interpretatie van het begrip 'strafbaar feit' in art. 36e lid 2 en 3 Sr kan een aanknopingspunt worden gevonden in de structuur van het beslissingsschema van art. 350 Sv. Hieruit volgt dat de strafbaarheid van het feit wordt onderscheiden van de strafbaarheid van de dader. Voor de strafbaarheid van het feit is het noodzakelijk dat het bewezenverklaarde feit als strafbaar feit kan worden gekwalificeerd en voorts dat er geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is.⁷⁰ Is de strafbaarheid van het feit vastgesteld, dan komt de vraag aan de orde of er zich een schulditsluitingsgrond voordoet tengevolge waarvan de strafbaarheid van de dader zou ontbreken. Op grond van dit stramien kan men verdedigen dat met 'strafbaar feit' in art. 36e leden 2 en 3 Sr wordt bedoeld een feit dat als strafbaar feit kan worden gekwalificeerd, waarbij rechtvaardigingsgronden wel en schulditsluitingsgronden niet van belang zijn.⁷¹

68 Daarmee is niet gezegd dat de ontneming van het (volledige) wederrechtelijk verkregen ook telkens gepast is. Vgl. over dat criterium nader nr. 517.

69 Ik wijs echter ook op art. 36f Sr, waarin niet de mogelijkheid wordt geboden om een schadevergoedingsmaatregel op te leggen indien de verdachte geen verwijt treft. Het door deze maatregel nagestreefde rechtsherstel – rechtsherstel vanuit het perspectief van de benadeelde – zou dat wel kunnen rechtvaardigen, gelet op het feit dat in het schadevergoedingsrecht schuld aan de zijde van de laedens niet (telkens) is vereist (vgl. art. 6:162 lid 3 BW).

70 Vgl. Corstens 1999, p. 81, 674, 677, en Reijntjes 1999, p. 359. Men zou voorts kunnen wijzen op art. 36 lid 1 sub 3 Sr, waarin onttrekking aan het verkeer wordt toegestaan indien de rechter, niettegenstaande een vrijspraak of een ontslag van alle rechtsvervolgning, vaststelt dat er een strafbaar feit is begaan. In de literatuur wordt wel aangenomen dat er hierbij moet worden geabstraheerd van de eventuele aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond. Zie Van Bemmelen-Balkema-Van Veen 1990, p. 224, Beijer 1994, p. 98-99, Rammelink 1996, p. 732-733, en Noyon-Langemeijer-Rammelink (losbl.), aant. 3 op art. 36b (suppl. 71). Anders echter Vegter in Jonkers e.a. (losbl.), p. VII-83 (suppl. 45), en Noyon-Langemeijer-Rammelink (losbl.), aant. 3 op art. 36b (suppl. 95). Het gaat in art. 36b lid 1 sub 3 Sr overigens enkel om de vaststelling dat een strafbaar feit *is* begaan, niet *wie* het feit heeft begaan.

71 Zie Van der Landen & Simmelink 1997, p. 182-183, en, minder stellig, Keulen 1999, p. 68-69, 78.

Deze interpretatie kent een knelpunt en wel het onderscheid tussen schuld als (subjectief) bestanddeel en als element. Indien de delictsomschrijving een subjectief bestanddeel bevat, is de kwalificatie van dat feit als strafbaar feit enkel mogelijk indien de rechter in het concrete geval het betreffende subjectieve bestanddeel bewezen acht. Is dat niet mogelijk, dan kan er niet van een strafbaar feit worden gesproken en zou er dientengevolge geen voordeelsontneming ter zake van dat feit kunnen plaatsvinden. Geldt de verwijtbaarheid enkel als element, dan is het in de structuur van het beslissingsschema van art. 350 Sv wel mogelijk van een strafbaar feit te spreken indien de verwijtbaarheid in het concrete geval ontbreekt. Voordeelsontneming is in dat geval mogelijk, ook al treft de dader geen verwijt. Dit verschil kan naar mijn mening niet worden gerechtvaardigd. De mogelijkheid van voordeelsontneming in het geval van het ontbreken van verwijtbaarheid is hierdoor immers enkel afhankelijk van de formulering van de delictsomschrijving. Dat pleit ervoor om wat art. 36e Sr betreft ook het bestaan van een strafbaar feit aan te nemen in de gevallen waarin de verwijtbaarheid ontbreekt, terwijl er sprake is van een delictsomschrijving met een subjectief bestanddeel.⁷²

3 Ne bis in idem

3.1 Inleiding

159. De verruiming van de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel naar soortgelijke, niet-soortgelijke en andere feiten leidt ertoe dat er naast een veroordeling wegens het begaan van een strafbaar feit – en de daaraan verbonden bestraffing – een alternatieve wijze van afdoening van strafbare feiten is ontstaan. Deze afdoening bestaat uit de (enkele) ontneming van het verkregen voordeel. Dit roept vragen op over de rechtsgevolgen van die afdoeningswijze. Kan bijvoorbeeld een soortgelijk of niet-soortgelijk feit dat (in de hoofdzaak) niet ten laste is gelegd maar waarvoor wel het voordeel is ontnomen, alsnog in een latere hoofdzaak worden berecht? Of zijn die feiten finaal afgedaan? Deze vragen zijn in de kern gericht op de betekenis van het ne bis in idem-beginsel voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

In de wettelijke regeling van de ontnemingsprocedure zijn, met uitzondering van art. 36e lid 7 Sr, geen bepalingen opgenomen waaruit blijkt onder welke voorwaarden een feit ter ontneming aan de rechter kan worden voorgelegd.

72 Een afwijking van de betekenis van het begrip 'strafbaar feit' zoals dat in art. 350 Sv wordt gebezigd, kan worden gerechtvaardigd omdat voor de oplegging van een straf of een maatregel de rechter moet vaststellen, op een enkele uitzondering na (art. 36b lid 1 sub 3, en 37 lid 1 Sr), dat er sprake is van een strafbaar feit *en* een strafbare dader. Het begrip 'strafbaar feit' in art. 350 Sv heeft daardoor een context-gebonden betekenis.

Hierdoor is het niet duidelijk in welke gevallen een bis in idem zich voordoet, en zo ja: of dit toelaatbaar is.⁷³ In deze paragraaf onderzoek ik aan de hand van de wetsgeschiedenis, het ne bis in idem-beginsel in zijn geschreven en ongeschreven vorm, alsmede de beginselen van een behoorlijke procesorde of er niettemin een ne bis in idem-regeling aan de ontnemingsprocedure ten grondslag ligt. Voorafgaand aan deze beschouwing is het noodzakelijk de verschillende manieren te onderscheiden waarop een strafbaar feit in een hoofdzaak en/of ontnemingsprocedure aan de orde kan komen.

160. Gelet op de structuur van art. 36e Sr en op het vereiste dat een ontnemingsprocedure vooraf moet worden gegaan door een daartoe strekkende mededeling van het Openbaar Ministerie (art. 311 lid 1 Sv), kan het Openbaar Ministerie in elk geval op drie wijzen een strafbaar feit in een strafrechtelijke procedure betrekken:

- a. een strafbaar feit wordt alleen in een hoofdzaak ten laste gelegd en het Openbaar Ministerie doet geen mededeling ex art. 311 lid 1 Sv;
- b. een strafbaar feit wordt in de hoofdzaak ten laste gelegd en het Openbaar Ministerie doet wel een mededeling ex art. 311 lid 1 Sv. Wordt de betrokkene veroordeeld, dan vindt er een ontnemingsprocedure plaats waarbij het ten laste gelegde feit als grondfeit fungeert;
- c. een strafbaar feit wordt niet ten laste gelegd, maar na een veroordeling wegens een ander strafbaar feit in de daarop volgende ontnemingsprocedure betrokken.

Er zijn ook situaties denkbaar die niet in dit stramien passen. Ten eerste, een strafbaar feit wordt aanvankelijk alleen in een ontnemingsprocedure betrokken. Met betrekking tot het voordeel dat uit dit feit is verkregen, wordt een ontnemingsmaatregel opgelegd. Na afloop van de ontnemingsprocedure wordt de betrokkene alsnog gedagvaard voor hetzelfde feit. Ten tweede, voor een strafbaar feit vindt veroordeling plaats. Aansluitend vindt er geen ontnemingsprocedure plaats. In een latere ontnemingsprocedure, aansluitend op een latere hoofdzaak waarin wegens een ander strafbaar feit een veroordeling plaatsvindt, wordt alsnog voordeelsontneming ter zake het eerste feit gevorderd. Een variant van deze tweede situatie is dat de vervolging ter zake van het eerste feit niet tot een veroordeling leidt, maar bijvoorbeeld tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of vrijspraak. Dientengevolge vindt er geen ontnemingsprocedure plaats. In een latere ontnemingsprocedure betreft het Openbaar Ministerie echter het strafbare feit waarvoor geen veroordeling heeft plaatsgevonden.

⁷³ Zie ook Van der Neut & Simmelink 1999, p. 135-136. Hetzelfde kan worden geconstateerd met betrekking tot de transactie van art. 74 lid 2 sub d Sr en de schikking (art. 511c Sv), welke beide leiden tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Zie daaromtrent nader De Vries-Leemans 1997, p. 208-212, Keulen 1999, p. 309-310, en Van der Neut & Simmelink 1999, p. 136-137.

Deze afwijkende situaties kenmerken zich doordat er zich een combinatie voordoet van de uit het wettelijk stelsel voortvloeiende mogelijkheden, en wel een combinatie van mogelijkheden *a.* en *c.* In die situaties kan men spreken van een *bis in idem* en moet worden vastgesteld in hoeverre dit toelaatbaar is. Hiervan moet nog worden onderscheiden het geval dat in de hoofdzaak meerdere feiten ten laste zijn gelegd. Het is denkbaar dat slechts één van die feiten tot een veroordeling leidt, maar dat het Openbaar Ministerie de overige feiten wel in de aansluitende ontnemingsprocedure betreft. Dit laatste geval bespreek ik in de vierde paragraaf van dit hoofdstuk, aangezien daaraan enkele bijzondere aandachtspunten kleven.

3.2 *Wetsgeschiedenis*

161. Een aantal passages in de wetsgeschiedenis heeft betrekking op mogelijke *bis in idem*-perikelen. Deze opmerkingen richten zich op de tweede en de vierde variant van art. 36e Sr. Er is aan de derde variant geen aandacht besteed, waarschijnlijk vanwege de latere invoeging daarvan (zie nr. 144).

De minister stelt allereerst dat soortgelijke feiten niet kunnen worden betrokken in de oplegging van een ontnemingsmaatregel indien deze '(...) al voorwerp van een vervolging hebben uitgemaakt, maar in het kader van die vervolging niet tot de toepassing van een ontnemingsmaatregel hebben geleid.'⁷⁴ Zou dit wel het geval zijn, dan vormt dat volgens hem een inbreuk op het *bis in idem*-beginsel. Ter volledigheid: de soortgelijke feiten mogen wel reeds in de hoofdzaak als *ad informandum* gevoegde feiten aan de orde zijn geweest, maar die voeging is niet verplicht.⁷⁵ De minister stelt vervolgens:

Waar de (...) soortgelijke feiten mede hebben gediend ter vaststelling van het bedrag waarop te ontnemen wederrechtelijk voordeel is geschat en die feiten ook voor dat doel aan de kennisneming van de rechter zijn onderworpen, moet het er voorts voor worden gehouden dat het openbaar ministerie daarmee de afdoening daarvan heeft beoogd en dat het aldus van zijn recht om de veroordeelde alsnog voor die feiten in rechte te betrekken afstand heeft gedaan.⁷⁶

De laatste passage treft men ook aan in het Nader Rapport. Daar voegt de minister nog toe: 'Zulks zou (...) strijdig met beginselen van een behoorlijk procesrecht zijn.'⁷⁷

74 Memorie van Toelichting, p. 12. Zie ook Nader Rapport, p. 5.

75 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 4.

76 Memorie van Toelichting, p. 12. Zie ook Memorie van Antwoord, p. 12.

77 Zie Nader Rapport, p. 6.

Het afdoeningskarakter van het betrekken van soortgelijke feiten in een ontnemingsprocedure is hiermee tamelijk helder uiteengezet. Niet geheel duidelijk is echter of het bedrag van de ontnemingsmaatregel ook daadwerkelijk (geheel of gedeeltelijk) het voordeel uit de soortgelijke feiten moet omvatten⁷⁸ of dat het enkel betrekken van de soortgelijke feiten in de ontnemingsprocedure volstaat voor het verval van het recht om die feiten (nogmaals) in rechte te betrekken.

162. De vierde variant van art. 36e Sr levert een gecompliceerder beeld op. Van belang is allereerst dat de minister het niet noodzakelijk acht dat elk strafbaar feit waaruit de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen, afzonderlijk wordt vastgesteld. Ook hoeft de rechter niet vast te stellen wie de strafbare feiten heeft begaan. Het bewijsthema van art. 36e lid 3 Sr is blijkens de parlementaire stukken zo geformuleerd dat de rechter slechts moet vaststellen dat bepaalde vermogensbestanddelen *in abstracto* zijn te relateren aan een patroon van betrokkenheid bij criminele activiteiten (zie nr. 150-151). Tengevolge van het feit dat niet elk strafbaar feit afzonderlijk hoeft komen vast te staan, ontstaat het risico dat het voordeel dat de betrokkene uit een bepaald feit heeft verkregen twee maal in een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr wordt betrokken indien twee maal na elkaar een ontnemingsprocedure tegen de betrokkene wordt ingesteld. Voor deze situatie is art. 36e lid 7 Sr in het leven geroepen. Op grond van deze bepaling moet de rechter bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel rekening houden met eerder opgelegde ontnemingsmaatregelen.⁷⁹

Tijdens de behandeling van de ontnemingswetgeving in de Tweede Kamer gaat de minister nader in op mogelijke bis in idem-perikelen met betrekking tot de vierde variant. Hij onderscheidt daarbij twee situaties.⁸⁰ Allereerst de situatie dat het voordeel afkomstig is uit een ander strafbaar feit dan het grondfeit, terwijl de betrokkene voor dit andere feit reeds eerder is veroordeeld zonder een daarop volgende oplegging van een ontnemingsmaatregel.

In dat geval is er mijns inziens sprake van een bis in idem, want de instelling van de ontnemingsvordering ex artikel 511b [Sv; MJB] is een daad van

78 Vgl. in dit verband bijvoorbeeld de afdoening ad informandum. Indien een ad informandum gevoegd feit wel wordt betrokken in de strafmaat, mag ter zake van dit feit geen (nieuwe) vervolging meer worden ingesteld. HR 13 februari 1979, NJ 1979, 243, m.nt. ThWvV, HR 13 maart 1979, NJ 1979, 269, m.nt. ThWvV, en HR 27 maart 1979, NJ 1979, 431. Wordt het ad informandum gevoegde feit niet in de strafmaat betrokken, dan kan de verdachte alsnog ter zake van dit feit worden vervolgd. HR 15 juni 1982, NJ 1983, 216, en HR 25 april 1989, NJ 1989, 881, m.nt. ThWvV. Zie hieromtrent nader A.A. Franken 1993, p. 21-34, en Corstens 1999, p. 206.

79 Zie Memorie van Toelichting, p. 68.

80 Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5205.

vervolgning, die, ter zake van een zelfde feit dat al is gestraft, niet meer kan worden ingesteld. Dat blijkt uit artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht.⁸¹

De tweede situatie betreft het instellen van een vervolging ter zake van een feit dat eerder (alleen) in een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr is betrokken. De minister zegt daarover:

Dan ligt de situatie anders. Er is in dat geval wel sprake van de toepassing van een ontnemingssanctie, maar niet van een onherroepelijke afdoening van het feit. Voor dat feit kan alsnog een vervolging worden ingesteld, maar geen ontnemingssanctie meer worden opgelegd. Dat volgt uit het voorgestelde zevende lid van artikel 36e [Sr; MJB].⁸²

Of de rechter in het concrete geval ook gebruik zal maken van art. 36e lid 7 Sr, is afhankelijk van de houding van de betrokkene. Deze laatste heeft naar het oordeel van de minister een eigen verantwoordelijkheid de rechter te attenderen op een bis in idem.⁸³

163. De opmerkingen van de minister over de vierde variant van art. 36e Sr zijn niet geheel consistent met die over de tweede variant. Er bestaat een discrepantie met betrekking tot het rechtsgevolg van het enkel betrekken van een strafbaar feit in een ontnemingsmaatregel. Bij de tweede variant is dit een finale wijze van afdoening, maar bij de vierde variant niet. Een verklaring hiervoor zou wellicht kunnen zijn, dat in geval van de vierde variant het een strafbaar feit kan betreffen dat niet door de betrokkene zelf is begaan. Een afzonderlijke vervolging van de dader ligt in dat geval voor de hand. Doch de minister brengt dit onderscheid zelf niet aan. De interpretatie van de parlementaire geschiedenis wordt voorts bemoeilijkt doordat er verschillende grondslagen worden genoemd. Naast art. 36e lid 7 Sr noemt de minister ook art. 68 Sr, het ne bis in idem-beginsel en de beginselen van een behoorlijk procesrecht.

Gelet op deze onduidelijkheden in de hier behandelde passages uit de parlementaire geschiedenis is het niet mogelijk enkel uit die bron een rationeel stelsel van regels te destilleren aan de hand waarvan bis in idem-situaties kunnen worden genormeerd. Deze normering moet derhalve worden ontleend aan een nadere beschouwing van de door de minister genoemde grondslagen.

81 Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5205. In een dergelijk geval mag de rechter wel een ontnemingsmaatregel van art. 36e lid 3 Sr opleggen met betrekking tot andere strafbare feiten waarvoor de betrokkene niet is veroordeeld. De rechter moet 'slechts' het voordeel uit het veroordeelde feit buiten beschouwing laten. Zie Memorie van Antwoord I, p. 11-12, en ook nr. 168.

82 Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5205.

83 Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5226, en Handelingen EK 8 december 1992, p. 350, 352.

3.3 De strekking van het ne bis in idem-beginsel

164. Alvorens de ne bis in idem-regel van art. 68 lid 1 Sr en het ongeschreven ne bis in idem-beginsel in relatie tot de oplegging van een ontnemingsmaatregel nader uit te werken, is het van belang kort aan te geven wat de strekking van dit beginsel is.

Het ne bis in idem-beginsel kent meerdere grondslagen.⁸⁴ De naar mijn mening belangrijkste grondslag betreft de individuele rechtszekerheid van de betrokkene. Indien een strafbaar feit eenmaal ter sanctionering aan de rechter is voorgelegd, mag de betrokkene er daarna op vertrouwen dat het feit is afgedaan. De betrokkene mag niet worden gekweld door onzekerheid over de vraag of hij voor hetzelfde feit nogmaals wordt vervolgd. Het ne bis in idem-beginsel heeft daarnaast betrekking op de belangen van de maatschappij. Aangezien elk proces ook voor anderen dan de verdachte commotie veroorzaakt, beoogt het ne bis in idem-beginsel rust en zekerheid in de maatschappij te bewerkstelligen; *litis finiri oportet*. Daarnaast mag het gezag van een rechterlijk vonnis omwille van redenen van openbare orde niet worden blootgesteld aan het risico dat bij een tweede procedure een met het eerste vonnis tegenstrijdige uitspraak wordt gedaan.⁸⁵

165. Bij deze schets van de grondslagen van het ne bis in idem-beginsel moet één kanttekening worden geplaatst. Het lot van vrijwel elk beginsel is dat de werking ervan niet absoluut is. De keerzijde van (een strikte toepassing van) het ne bis in idem-beginsel is het risico dat door eventuele fouten in of bij een onbevredigend resultaat van de eerste procedure, het verbod van een tweede procedure leidt tot een verkorting van het maatschappelijke belang dat de dader op een passende wijze wordt bestraft.⁸⁶ Hierdoor kan allereerst worden verklaard dat art. 68 lid 1 Sr is beperkt tot gevallen waarin de rechter onherroepelijk en ten gronde heeft beslist (zie nr. 166). Voorts dient met dit tegenwicht rekening te worden gehouden bij de uitleg en de toepassing van het ongeschreven ne bis in idem-beginsel.

84 Zie over de grondslagen van het ne bis in idem-beginsel met name Van Bemmelen 1934, Krabbe & Poelman 1985, p. 126, en Strijards 1987b, p. 591-592. Zie ook de noot van Röling onder HR 5 juni 1964, NJ 1965, 62, en Corstens 1999, p. 190.

85 Overziet men de genoemde grondslagen, dan valt op dat deze met name betrekking hebben op de formele vorm van het ne bis in idem beginsel. Het ne bis in idem punire vloeit, zoals gezegd, hier logisch uit voort. Hieruit mag men echter niet afleiden dat het voorkomen van een dubbele bestraffing geen zelfstandig belang zou vormen. Zie in dit verband met name Corstens, Doorenbos & Roording 1992.

86 Van Bemmelen 1934. Zie ook Krabbe & Poelman 1985, p. 126. Dit belang ziet toe op het kanaliseren van maatschappelijke onrust door middel van strafrechtelijke rechtshandhaving. Dit sluit niet per definitie uit dat het evenzeer een maatschappelijk belang kan zijn dat men niet tweemaal ter zake van hetzelfde feit kan worden vervolgd en/of bestraft. Het maatschappelijk belang is immers geen eenduidig belang.

3.4 Art. 68 lid 1 Sr

166. Art. 68 lid 1 Sr, de wettelijk ne bis in idem-regel, bepaalt dat niemand andermaal kan worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van een (Nederlandse) rechter onherroepelijk is beslist, behoudens de gevallen waarin rechterlijke uitspraken vatbaar zijn voor herziening.⁸⁷ Eenzelfde regel ligt besloten in een aantal internationale verdragen.⁸⁸ Art. 68 lid 1 Sr voorkomt een dubbele vervolging in de gevallen waarin ten gronde is beslist over het feit. Daaronder worden de volgende beslissingen begrepen: vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging, veroordeling (met inbegrip van schuldigverklaring zonder strafoplegging). Een formeel beletsel staat derhalve niet in de weg aan een nieuwe vervolging.⁸⁹

De betekenis van art. 68 lid 1 Sr voor de ontnemingsprocedure wordt niet duidelijk uit de tekst van die bepaling.⁹⁰ Aangezien art. 68 lid 1 Sr een dubbele *vervolging* belet, is de betekenis van het begrip 'vervolging' van belang. Vooropgesteld moet worden dat het begrip 'vervolging' geen wettelijke definitie kent. In de literatuur wordt veelal aangenomen dat er sprake is van een vervolging indien een met de vervolging belaste ambtenaar een onderzoek of een beslissing van de rechter uitlokt.⁹¹ Op grond van deze definitie kan het uitlokken van een ontnemingsmaatregel, *i.e.* het instellen van een ontnemingsvordering, als een vervolging worden opgevat. Maar daarmee is nog niet veel gezegd. Want hoe valt dan te verklaren dat een strafbaar feit, nadat de betrokkene daarvoor is veroordeeld, in een ontnemingsprocedure kan worden betrokken? Is dat dan geen dubbele vervolging? En vormt de ontneming ter zake van een soortgelijk, niet-soortgelijk of ander strafbaar feit een afzonderlijke vervolging of maakt deze onderdeel uit van de vervolging van het grondfeit?

87 Zie nader A.A. Franken 1995, p. 45-54, Corstens 1999, p. 190-195, en Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbl.), aant. 1-11 op art. 68 (suppl. 97).

88 Art. 14 lid 7 IVBP en art. 4 van het niet door Nederland geratificeerde Zevende Protocol bij het EVRM. Bij art. 14 lid 7 IVBP heeft Nederland het voorbehoud gemaakt dat zij geen ruimere binding aanvaardt dan uit de bepaling van art. 68 Sr voortvloeit. Hierdoor voegt deze verdragsbepaling niets toe aan het Nederlandse recht. Vgl. HR 21 mei 1991, NJ 1991, 728, m.nt. ThWvV. Vgl. echter ook Van Russen Groen 1998, p. 300-301. Zie met betrekking tot het EVRM voorts nr. 203.

89 A.A. Franken 1995, p. 45, Corstens 1999, p. 191, en Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbl.), aant. 1a op art. 68 (suppl. 97).

90 Anders: Van der Neut 1997, p. 51, die stelt dat art. 68 Sr formeel niet van toepassing is.

91 Zie bijvoorbeeld Corstens 1999, p. 83, 107. Zie voorts, met nadere verwijzingen, Kristen in: Melai c.s. (losbl.), aant. 6.2 op art. 14-20 (suppl. 118). De definitie van dit algemene vervolgingsbegrip gaat terug op de betekenis van het begrip 'strafvervolging' in het ORO van het Wetboek van Strafvordering van 1926. Vgl. Kristen in: Melai c.s. (losbl.), aant. 5.1 op art. 14-20 (suppl. 118). In aant. 6 op art. 14-20 (suppl. 118) toont hij overigens met betrekking tot de schorsing van de vervolging aan dat dit algemene vervolgingsbegrip in bepaalde gevallen te ruim is.

167. In de parlementaire stukken positioneert de minister de ontnemingsprocedure ten opzichte van het vervolgingsbegrip in het kader van de vraag of een afzonderlijke ontnemingsprocedure in overeenstemming is met art. 68 lid 1 Sr. Hij beschouwt deze procedure niet als een op zichzelf staande procedure, maar als een sequeel van de vervolging in de hoofdzaak. Het gaat derhalve om '(...) een van de aanvankelijke strafvervolging *afgesplitste* procesgang, niet als een *toevoeging* daaraan.'⁹² Deze redenering leidt er (vanzelfsprekend) toe dat er geen strijd bestaat met art. 68 lid 1 Sr. Er is immers sprake van maar één vervolging. Teneinde voor de betrokkene zichtbaar te maken dat met de veroordeling de vervolging nog niet teneinde is gekomen, is er voorzien in de plicht voor het Openbaar Ministerie om uiterlijk bij requisitoir mededeling te doen van het voornemen een ontnemingsprocedure aanhangig te maken (art. 311 lid 1 Sv).⁹³ Laat het Openbaar Ministerie deze mededeling achterwege, dan moet de zaak als afgedaan worden beschouwd.⁹⁴

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is een nadere uitwerking gegeven aan het vervolgingsbegrip in het kader van de ontnemingsprocedure. Van belang is met name een uitspraak van 26 oktober 1999.⁹⁵ De betrokkene is in deze zaak veroordeeld voor het aanwezig hebben van een grote hoeveelheid XTC-pillen. Voor een aantal andere strafbare feiten heeft hij een verklaring van beëindiging van de zaak in de zin van art. 36 lid 1 Sv ontvangen. Het is op grond van art. 255 lid 1 Sv derhalve niet mogelijk de betrokkene wegens deze feiten, behoudens nieuwe bezwaren, 'weder in rechten' te betrekken. Dit niet 'weder in rechten' betrekken betekent niets anders dan niet opnieuw vervolgen.⁹⁶ De feiten waarvoor de verklaring van beëindiging is gegeven, maken onderdeel uit van de ontnemingsvordering. Het hof kwalificeert dat als een 'weder in rechten' betrekken en verklaart het Openbaar Ministerie, bij gebreke van nieuwe bezwaren, niet-ontvankelijk in de ontnemingsvordering. De Hoge Raad acht dit oordeel onbegrijpelijk. Hij verwijst naar de stelling in de wetsgeschiedenis dat de ontnemingsprocedure, mits een mededeling ex art. 311 lid 1 Sv is gedaan, een sequeel van de strafvervolging van de hoofdzaak is.⁹⁷ Dientengevolge is het oordeel van het hof om twee redenen onbegrijpelijk. Ten eerste, de verklaring ex art. 36 lid 1 Sv had geen betrekking op het grondfeit en wat dat feit betreft is het Openbaar Ministerie dan ook

92 Memorie van Toelichting, p. 38 (cursivering toegevoegd). Vgl. ook Memorie van Toelichting, p. 14.

93 Nader Rapport, p. 5, en Memorie van Toelichting, p. 38-39.

94 Nader Rapport, p. 5, en Memorie van Toelichting, p. 12.

95 NJ 2000, 56.

96 Corstens 1999, p. 203-204, en Tonino in: Melai c.s (losbl.), aant. 1 op art. 255 (suppl. 88). Zie ook de conclusie van A-G Jörg voor HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 56.

97 Vgl. ook reeds HR 28 november 1995, NJ 1996, 383, m.nt. Sch, JOW 1996, 125, HR 5 december 1995, NJ 1996, 411, m.nt. Sch, JOW 1996, 171, HR 16 november 1996, JOW 1998, 117, en HR 19 november 1996, NJ 1997, 168, JOW 1997, 27. Zie voorts Blom 1998, p. 292, en Keulen 1999, p. 279.

ontvankelijk in zijn ontnemingsvordering. Ten tweede, voor wat betreft de feiten waarvoor de verklaring ex art. 36 lid 1 Sv is afgegeven, is er volgens de Hoge Raad geen sprake van een nieuwe strafvervolgung. Deze feiten maken immers deel uit van de vervolging in de hoofdzaak. De Hoge Raad vervolgt:

Voor zover aan de beslissing van het Hof de opvatting ten grondslag ligt dat, gelet op de verklaring als bedoeld in art. 36 Sv, de daarin vermelde feiten niet ter beoordeling van de vordering mogen worden betrokken, kan die opvatting, wegens strijd met het wettelijk systeem, niet als juist worden aanvaard. Voor wat betreft het opleggen van de in art. 36e Sr bedoelde verplichting is immers niet meer vereist dan dat een veroordeling is uitgesproken wegens een strafbaar feit; andere strafbare feiten kunnen dan (...) in de beoordeling worden betrokken op de voet van het tweede en het derde lid van die bepaling. Daaraan doet niet af dat op grond van de verklaring dat de zaak ten aanzien van die feiten is geëindigd, terzake in beginsel geen nieuwe strafvervolgung mag worden ingesteld.

Kortom: het voordeel dat is verkregen uit de feiten waarvoor de verklaring is afgegeven, kan in de ontnemingsmaatregel worden betrokken, mits voor het overige aan de voorwaarden ex art. 36e lid 2 of lid 3 Sr is voldaan.⁹⁸

168. Het oordeel van de Hoge Raad is ogenschijnlijk in overeenstemming met de wetsgeschiedenis, maar bij nadere beschouwing blijkt dat niet (geheel) het geval te zijn. De redenering van de Hoge Raad laat toe dat iemand die is veroordeeld wegens het begaan van een strafbaar feit maar naar aanleiding daarvan geen ontnemingsmaatregel krijgt opgelegd, later – na een tweede veroordeling – ter zake van dit eerste feit alsnog een ontnemingsmaatregel krijgt opgelegd. De oplegging van de ontnemingsmaatregel is, zo laat de uitspraak van de Hoge Raad zich extrapoleren, immers geen tweede vervolging maar een onderdeel van de vervolging ter zake van het feit waarvoor de betrokkene de tweede maal is veroordeeld. Deze situatie acht de minister, zowel met betrekking tot het tweede als het derde lid van art. 36e Sr, niet mogelijk. Voor wat betreft de vierde variant verwijst de minister expliciet naar art. 68 Sr (zie nr. 162). Het besproken arrest van de Hoge Raad doet, zo bezien, geen recht aan de wetsgeschiedenis.

98 Tot eenzelfde oordeel komt A-G Jörg in zijn conclusie voor dit arrest, maar hij laat de mogelijkheid open dat de verklaring van art. 36 lid 1 Sv expliciet betrekking heeft op de (on)mogelijkheid van een ontnemingsvordering ter zake van de in die verklaring betrokken feiten. Nu het verzoek om de verklaring noch de verklaring zelf melding maakte van de ontnemingsvordering, acht hij ontneming van het uit deze feiten verkregen voordeel mogelijk. Ik kan dit standpunt niet onderschrijven omdat de bewoording van art. 36 Sv geen enkele aanleiding geeft voor een dergelijke differentiatie.

Bij een nadere bestudering van de parlementaire stukken kan men voorts vaststellen dat de opvatting van de minister over het vervolgingsbegrip genuanceerder is dan de enkele stelling dat de ontnemingsprocedure een onderdeel van de vervolging in de hoofdzaak is. In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer gaat de minister in op de situatie dat een feit in een ontnemingsvordering ex art. 36e lid 3 Sr wordt betrokken, terwijl de betrokkene wegens dat feit reeds is veroordeeld. Voor zover het voordeel dat met een dergelijk feit is verkregen, in een ontnemingsmaatregel wordt betrokken, is er wat dit feit betreft sprake is van een bis in idem. Dat laat evenwel onverlet, zo stelt de minister, dat er nog wel een ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd voor andere feiten die in de ontnemingsprocedure zijn betrokken, zoals het grondfeit.⁹⁹ Deze nuanceringsimpliceert dat met betrekking tot elk strafbaar feit dat in de ontnemingsprocedure wordt betrokken, *afzonderlijk* kan worden beoordeeld of er al dan niet sprake is van een tweede vervolging. Consequentie hiervan is dat de ontnemingsprocedure weliswaar een onderdeel vormt van de vervolging in de hoofdzaak, maar dat tevens de rechter in de ontnemingsprocedure kan constateren dat met betrekking tot één (of meerdere) van de betrokken feiten er sprake is van een (ontoelaatbare) dubbele vervolging.

Men zou nu wellicht kunnen menen dat deze uitkomst in wezen een innerlijke tegenstrijdigheid inhoudt.¹⁰⁰ Dat is naar mijn mening niet het geval. Het is van belang de context waarin de minister de ontnemingsprocedure als onderdeel van de vervolging in de hoofdzaak ziet, in het oog te houden. Hij hanteert die stelling *enkel* om te beargumenteren dat het mogelijk is om een afzonderlijke ontnemingsprocedure, volgend na de 'eigenlijke' strafzaak (de hoofdzaak), in het strafvorderlijk stelsel te introduceren. Niet meer en niet minder. De minister geeft *niet* aan hoe de rechter moet oordelen over de vraag of een bepaald strafbaar feit dat onderdeel uitmaakt van de ontnemingsvordering al dan niet mag worden betrokken in de oplegging van een ontnemingsmaatregel.

In het besproken arrest lijkt de Hoge Raad zowel de nuance in de wetsgeschiedenis als de context waarin de minister zijn uitlatingen met betrekking tot het vervolgingsbegrip doet, te negeren. De Hoge Raad oordeelt over de vraag of de strafbare feiten waarvoor de verklaring van art. 36 lid 1 Sv is gegeven in een ontnemingsmaatregel kunnen worden betrokken, immers aan de hand van het gedeelte van de wetsgeschiedenis waaruit enkel blijkt dat de ontnemingsprocedure onderdeel uitmaakt van de vervolging in de hoofdzaak. Dat gedeelte uit de

⁹⁹ Memorie van Antwoord I, p. 11-12. Voor alle duidelijkheid: in deze situatie is art. 36e lid 7 Sr niet van toepassing, aangezien deze bepaling alleen toeziet op (feiten die betrokken zijn in) eerder opgelegde ontnemingsmaatregelen.

¹⁰⁰ Vgl. Keulen 1999, p. 103-104, die de toepasselijkheid van art. 68 lid 1 Sr enkel beoordeelt vanuit het perspectief dat de ontnemingsprocedure een onderdeel van de vervolging in de hoofdzaak vormt. Hij ziet in dit verband echter wel een (bescheiden) rol weggelegd voor de beginselen van een behoorlijke procesorde. Zie daaromtrent nader nr. 173-175.

wetsgeschiedenis legitimeert *enkel* het oordeel dat in deze zaak het starten van een ontnemingsprocedure gerechtvaardigd was gelet op het feit dat de ontnemingsvordering mede toezag op het strafbare feit waarvoor de betrokkene was veroordeeld.

169. In het voorgaande is naar voren gekomen dat de ontnemingsrechter met betrekking tot de strafbare feiten die onderdeel uitmaken van de ontnemingsvordering, afzonderlijk kan vaststellen in hoeverre er zich een dubbele vervolging voordoet. In het licht van de gangbare omschrijving van het begrip 'vervolging' – kort gezegd: het adïëren van een rechter (zie nr. 166) – is dat niet onbegrijpelijk. Met de ontnemingsvordering brengt het Openbaar Ministerie tot uiting dat het de ontneming wenst van het voordeel dat is verkregen uit één of meerdere strafbare feiten.¹⁰¹ Voor zover het een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 2 Sr betreft, moet de rechter voor alle feiten afzonderlijk nagaan in hoeverre die feiten door de betrokkene zijn begaan en of, en zo ja: hoeveel, voordeel de betrokkene daaruit heeft verkregen. Gesteld dat de rechter ter zake van twee of meer strafbare feiten het voordeel wenst te ontnemen, mondt dit weliswaar uit in één ontnemingsmaatregel maar er is *de facto* sprake van twee of meer deelbeslissingen welke in één ontnemingsmaatregel cumuleren.¹⁰²

Gaat het om een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr, dan treedt er een complicatie op.¹⁰³ De rechter is immers niet gehouden elk strafbaar feit dat heeft geleid tot verkrijging van wederrechtelijk voordeel door de betrokkene, afzonderlijk vast te stellen. Hij mag volstaan met de vaststelling dat bepaalde vermogensbestanddelen *in abstracto* zijn te relateren aan een patroon van criminele betrokkenheid. Dat neemt echter niet weg dat art. 36e lid 3 Sr veronderstelt dat er sprake is van een reeks strafbare feiten en dat de betrokkene het voordeel dat uit elk van de strafbare feiten is voortgekomen, heeft verkregen. De oplegging van een

101 De wet schrijft niet voor dat de vordering die feiten ook als zodanig vermeldt. Dat neemt evenwel niet weg dat in de ontnemingsprocedure het Openbaar Ministerie wel op enigerlei wijze duidelijk moet maken waarop naar zijn mening de op te leggen ontnemingsmaatregel betrekking moet hebben. Zie nader nr. 339.

102 Er doet zich hier een interessante parallel voor met de voeging ad informandum. Er wordt wel gesteld dat deze voeging geen (afzonderlijke) vervolging is omdat het betreffende feit niet door middel van een tenlastelegging aan de rechter wordt voorgelegd. A.A. Franken 1993, p. 69-71, stelt hier – mijns inziens terecht – tegenover dat niet de wijze van voorleggen, maar het voorleggen zelf doorslaggevend is om van een vervolging te mogen spreken. De voeging ad informandum van een strafbaar feit kan daarom wel degelijk als afzonderlijke daad van vervolging worden gezien. Vgl. ook Corstens 1999, p. 686. Zie in dit verband voorts Kristen in: Melai c.s. (losbl.), aant. 7.4 op art. 14 (suppl. 118). Hij betoogt – mijns inziens terecht – dat de noodzaak van schorsing van de vervolging op grond van art. 14 Sv bij een cumulatieve dagvaarding voor elk ten laste gelegd feit afzonderlijk moet worden beoordeeld, tengevolge waarvan er moet worden gesproken van meerdere vervolgingen.

103 Eenzelfde complicatie doet zich in het kader van art. 36e lid 2 Sr voor waar het gaat om de ontneming van het voordeel verkregen uit een feitencomplex. Zie daarover nr. 334-338.

ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr omvat derhalve impliciet een reeks van deelbeslissingen welke in één ontnemingsmaatregel cumuleren. Een consequentie van het bewijsregime van art. 36e lid 3 Sr is echter wel dat de betrokkene zich genooddaakt kan zien om een aantal feiten te specificeren teneinde zich ten aanzien van één of meerdere deelbeslissingen adequaat te kunnen verdedigen (zie nr. 418). Vat men de ontnemingsmaatregel die betrekking heeft op twee of meerdere strafbare feiten, op als een cumulatie van deelbeslissingen, dan is er in een dergelijke geval logischerwijs sprake van een cumulatie of een bundel van vervolgingen. Alsdan laat zich ook verklaren dat de rechter met betrekking tot één van de strafbare feiten bepaalt dat het vervolgingsrecht is vervallen, terwijl oplegging van een ontnemingsmaatregel ter zake van de overige feiten nog mogelijk is.

170. Waartoe leidt het concept van de cumulatie (of een bundel) van vervolgingen indien men dit toepast op art. 68 lid 1 Sr? De belangrijkste consequentie is dat de rechter, indien de betrokkene een daartoe strekkend verweer¹⁰⁴ voert of hij ambtshalve daartoe aanleiding ziet, per feit afzonderlijk moet bepalen of er sprake is van een dubbele vervolging.

In welke gevallen is er dan sprake van een dubbele vervolging? Voor het antwoord op deze vraag is het naar mijn mening noodzakelijk aan te sluiten bij de mogelijkheden die het wettelijk systeem – ter vrije keuze – biedt aan het Openbaar Ministerie om ter zake van een strafbaar feit de ontneming van het daaruit verkregen voordeel te vorderen (zie nr. 160). Die mogelijkheden zijn, voor zover hier relevant: *i.* het Openbaar Ministerie legt het feit ten laste, doet een mededeling ex art. 311 lid 1 Sv en betreft het feit in de ontnemingsvordering, of *ii.* het Openbaar Ministerie betreft het feit enkel in de ontnemingsvordering, nadat de betrokkene ter zake van een ander strafbaar feit is veroordeeld. Beide mogelijkheden leiden ertoe dat het Openbaar Ministerie een uitspraak van de strafrechter uitlokt en kunnen derhalve als een vervolging worden opgevat.

Deze invulling van het vervolgingsbegrip in art. 68 lid 1 Sr leidt ertoe dat er sprake is van een (ontoelaatbare) dubbele vervolging in de volgende situaties: *a.* een strafbaar feit wordt ten laste gelegd, het Openbaar Ministerie laat een ontnemingsvordering achterwege en de rechter beslist ten gronde over dit feit. Hetzelfde feit mag nu niet in een ontnemingsvordering, welke volgt op een latere veroordeling, worden betrokken. Dit geldt echter niet voor zover het feit wordt betrokken in een ontnemingsvordering op grond van art. 36e lid 3 Sr en het feit door een ander dan de betrokkene is begaan.¹⁰⁵

104 In geval van de (beoogde) toepassing van art. 36e lid 3 Sr moet de betrokkene in zijn verweer het betreffende feit specificeren. Zie nr. 169 en 418.

105 Art. 68 lid 1 Sr heeft immers niet enkel betrekking op hetzelfde feit, maar ook op dezelfde dader. Zie Corstens 1999, p. 192, en Noyon-Langemeijer-Rommelink (losbl.), aant. 1a op art. 68 (suppl. 97).

b. een strafbaar feit wordt, zonder dat het feit eerder ten laste is gelegd, betrokken in een ontnemingsprocedure. Indien de rechter in de ontnemingsprocedure ten gronde over het feit beslist,¹⁰⁶ mag hetzelfde feit vervolgens niet meer ten laste worden gelegd.¹⁰⁷ Dit geldt alleen niet voor zover het feit ten laste wordt gelegd aan een ander dan de betrokkene, hetgeen zich laat denken bij de vierde variant van art. 36e Sr. Daarnaast mag het betreffende feit niet nogmaals in een ontnemingsmaatregel worden betrokken. Dat volgt tevens uit art. 36e lid 7 Sr.

Deze resultaten stemmen in meerderheid overeen met hetgeen de minister heeft opgemerkt over bis in idem-situaties, zoals hiervoor in paragraaf 3.2 samengevat. Een uitzondering is de situatie waarin het Openbaar Ministerie een strafbaar feit ten laste wenst te leggen, terwijl dat feit onderdeel heeft uitgemaakt van een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr en dat feit door de betrokkene is begaan. Een dergelijke situatie zal zich overigens niet snel voordoen. Het bestaansrecht van art. 36e lid 3 Sr is immers gelegen in de praktisch moeilijkheid om alle strafbare feiten die hebben geleid tot het wederrechtelijk voordeel van de betrokkene bloot te leggen. Dientengevolge is het onwaarschijnlijk dat het Openbaar Ministerie in staat zal zijn al die feiten alsnog ten laste te leggen.

Meer in het algemeen volgt uit het voorgaande dat de constructie van de ontnemingsprocedure als onderdeel van de vervolging in de hoofdzaak enkel relevantie heeft voor de ontneming van het voordeel dat is verkregen uit het grondfeit. De minister heeft immers, met het oog op art. 68 lid 1 Sr, willen voorkomen dat de veroordeling van de hoofdzaak als een afzonderlijke vervolging geldt naast een vervolging in de vorm van het betrekken van het grondfeit in een ontnemingsvordering.¹⁰⁸ De mededeling ex art. 311 lid 1 Sv bewerkstelligt dit.¹⁰⁹

171. Tegen het voorgaande zou men kunnen inbrengen dat de ontnemingswetgeving, niettegenstaande de uitlatingen van de minister (zie nr. 161-162), juist de mogelijkheid openlaat om een zodanig onderscheid aan te brengen tussen de berechting van de betrokkene in de hoofdzaak en de ontneming van het voordeel dat hij heeft verkregen uit strafbare feiten, dat de afdoening in de hoofdzaak geen consequenties heeft voor de afdoening in de ontnemingsprocedure en vice versa. Men zou daarvoor een beroep kunnen doen op art. 511c Sv.¹¹⁰ Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid van '(...) een schriftelijke schikking (...) tot betaling

106 Hetgeen betekent dat de rechter in de ontnemingsprocedure geen formeel beletsel constateert om ter zake van dat feit voordeel te ontnemen. Zie over formele beletsel in de ontnemingsprocedure hierna nr. 182-185.

107 Vgl. ook Wöretshofer 1999, p. 48.

108 Hetzelfde beoogt de minister met betrekking tot ad informandum gevoegde feiten die in de hoofdzaak mede de strafmaat bepalen. Na deze afdoening is in de aansluitende ontnemingsprocedure ontneming als (niet-)soortgelijk feit mogelijk. Zie met name Memorie van Antwoord, p. 12.

109 Kennelijk anders: Keulen 1999, p. 103.

110 Vgl. Keulen 1999, p. 103 (noot 180).

van een geldbedrag aan de staat of overdracht van een voorwerp ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het geschatte voordeel (...) door de betrokkene door middel van of uit de baten van het feit waarvoor hij is vervolgd of soortgelijke feiten verkregen.' Deze schikking is reeds mogelijk voorafgaande aan de behandeling van de strafzaak, en voorts zolang het onderzoek ter terechtzitting in de ontnemingsprocedure niet is gesloten.¹¹¹ Blijkens de wetsgeschiedenis wordt met een schikking

(...) niet afgedaan aan het vervolgingsrecht van het openbaar ministerie voor wat betreft de strafbare feiten die aan de toepasselijkheid van de in artikel 36e Sr bedoelde maatregel ten grondslag liggen. Ernstige strafbare feiten kunnen vervolgd en bestraft blijven worden.¹¹²

De minister brengt, zo zou men kunnen stellen, in deze niet al te helder geformuleerde zinsnede tot uitdrukking dat het Openbaar Ministerie het recht behoudt om feiten die onderdeel uitmaken van de schikking in een strafzaak ten laste te leggen. Hieruit zou men kunnen afleiden dat de enkele ontneming van voordeel uit een strafbaar feit niet kan leiden tot het verval van het recht om dat feit in een latere procedure ten laste te leggen.¹¹³

172. Bij een nadere bestudering van de schikking blijkt deze tegenwerping minder evident dan zij wellicht lijkt. Daartoe is het volgende van belang. De structuur van art. 511c Sv is geënt op een grondfeit (het feit waarvoor de betrokkene 'is vervolgd') en één of meerdere aan het grondfeit soortgelijke feiten. De betrokkene moet ter zake van het grondfeit worden veroordeeld. Blijft een veroordeling achterwege, bijvoorbeeld omdat de betrokkene wordt vrijgesproken, dan is de schikking op grond van art. 578a lid 2 Sv aantastbaar omdat niet wordt voldaan aan art. 36e lid 1 of lid 3 Sr.¹¹⁴ Hiermee wordt duidelijk dat de schikking een *alternatief* vormt voor de ontnemingsprocedure die zou volgen na de hoofdzaak waarin de betrokkene wordt veroordeeld ter zake van het grondfeit, zij het dat de

111 Memorie van Toelichting, p. 51.

112 Memorie van Toelichting, p. 50. De verwijzing naar de 'ernstige strafbare feiten' hangt samen met het aanvankelijke voorstel om de schikking alleen mogelijk te maken in het geval een SFO zou zijn ingesteld. Deze beperking is in een later stadium komen te vervallen. Zie de Vierde Nota van Wijzigingen. Vgl. voorts Nader Rapport, p. 7.

113 Men zou daarbij ook nog kunnen wijzen op Memorie van Antwoord, p. 33-34, waar de minister opmerkt dat een schikking niet in strijd komt met art. 68 Sr. Hij stelt: 'Er is geen sprake van een "andermaal" vervolgen ter zake van eenzelfde feit; één en dezelfde vervolging leidt tot een aantal in tijd gescheiden beslissingen, te weten de veroordeling en de aan die veroordeling te verbinden sancties.' De minister gaat hier overigens wel voorbij aan de concentratie van de beslissingen van art. 350 Sv. Vgl. omtrent deze concentratie Melai in zijn aantekening bij HR 23 juni 1987, DD 87.491.

114 Vgl. Memorie van Toelichting, p. 51. Zie Keijser-Ringnalda 1994, p. 58, De Vries-Leemans 1997, p. 206-207, Van der Landen in: Melai c.s. (losbl.), aant. 3 op art. 578a, en Keulen 1999, p. 348.

ontneming beperkt blijft tot het voordeel dat is verkregen uit het grondfeit en soortgelijke feiten. Dientengevolge is de schikking wat het grondfeit betreft niet relevant voor de bis in idem-problematiek.

De vraag rijst wel of een schikking waarin soortgelijke feiten zijn betrokken, in de weg staat om deze feiten in een latere procedure (dus niet de procedure waarin het grondfeit ten laste is gelegd) alsnog ten laste te leggen. Naar mijn mening bevat de wetsgeschiedenis daaromtrent geen duidelijk standpunt. Het hiervoor geciteerde kan ook zo worden gelezen dat het slechts betrekking heeft op het grondfeit. Dat grondfeit ligt immers aan de toepasselijkheid van de ontnemingsmaatregel ten grondslag in die zin dat oplegging van een ontnemingsmaatregel op grond van art. 36e lid 1 en lid 3 Sr pas mogelijk is indien de betrokkene is veroordeeld ter zake van een strafbaar feit (waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd).¹¹⁵ Het ligt mijns inziens vervolgens voor de hand, vanuit het perspectief van een systematische wetsuitleg, om aansluiting te zoeken bij het afdoeningskarakter van het opleggen van een ontnemingsmaatregel met betrekking tot het voordeel dat is verkregen uit soortgelijke feiten. Dat betekent dat een schikking waarin soortgelijke feiten zijn betrokken, in de weg staat aan een vervolging van de betrokkene ter zake van die feiten.¹¹⁶

De figuur van de schikking geeft derhalve geen aanleiding tot andere bevindingen dan die ik hiervoor in nr. 170 heb weergegeven. Een knelpunt is wel, en daarmee ben ik aanbeland bij het thema van de nu volgende paragraaf, dat art. 68 lid 1 Sr zich niet uitstrekt tot de schikking. De grondslag voor het niet meer kunnen vervolgen van feiten die onderdeel uitmaken van de schikking, is echter gelegen in het ongeschreven ne bis in idem-beginsel.

3.5 *Het ongeschreven ne bis in idem-beginsel; beginselen van een goede procesorde*

173. De werking van het ne bis in idem-beginsel strekt zich verder uit dan art. 68 Sr. Ook andere wettelijke bepalingen kunnen als een uitwerking van dit beginsel worden gezien. Voorbeelden zijn het verval van het recht tot strafvordering na voldoening aan de transactievoorwaarden (art. 74 lid 1 laatste volzin Sr)¹¹⁷ alsmede na een buitenvervolginstelling, behoudens het bekend worden van nieuwe bezwaren (art. 255 lid 1 Sv). Daarnaast treft men ook jurisprudentiële regels aan

115 Vgl. ook de formulering van art. 578a lid 2 Sv.

116 Vindt de schikking plaats voorafgaand aan de strafzaak waarin het grondfeit ten laste is gelegd, dan is het dus zaak om een duidelijk onderscheid te maken tussen grondfeit en soortgelijk feit. Tot een ander oordeel komen Keijser-Ringnalda 1994, p. 58, Doorenbos 1997, p. 108, Corstens 1999, p. 786-787, en Keulen 1999, p. 309. In deze zin vermoedelijk ook De Vries-Leemans 1997, p. 211. Vgl. echter ook Wöretshofer 1993, p. 37, en Van der Neut & Simmelink 1999, p. 137.

117 Zie ook HR 17 december 1963, NJ 1964, 385, en HR 12 maart 1991, NJ 1991, 543, m.nt. ThWvV.

die zich (mede) laten verklaren aan de hand van een zekere zelfstandige werking van het ne bis in idem-beginsel. Te denken valt aan de inhaaldagvaarding en het verbod van een (herhaalde) vervolging van een feit dat reeds als ad informandum gevoegd feit de strafmaat mede heeft bepaald.¹¹⁸

Gelet op deze stevige verankering van het ne bis in idem-beginsel in het strafprocesrecht kan men stellen dat, ongeacht de precieze betekenis die men aan art. 68 lid 1 Sr toekent, uit dit beginsel zekere beperkingen voortvloeien voor de mogelijkheid om feiten die in een hoofdzaak en/of een ontnemingsprocedure reeds aan de orde zijn geweest, in een nieuwe procedure te betrekken. In de lijn van de opmerking van de minister over de rol van de beginselen van een behoorlijke procesorde (zie nr. 161) zou deze werking van het ne bis in idem-beginsel, zo wordt wel gesteld, aan de hand van de beginselen van een goede procesorde kunnen worden geconcretiseerd.¹¹⁹ Deze mogelijkheid is met name interessant indien men meent dat art. 68 lid 1 Sr toepassing mist of indien het gaat om een situatie die buiten het toepassingsbereik van art. 68 lid 1 Sr valt. Het eerste doet zich, zoals hiervoor is betoogd, niet voor. Het tweede wel, daarbij gaat het om de schikking. Derhalve is het zinvol de rol van de beginselen van een goede procesorde nader te beschouwen.

174. De belangrijkste grondslag van het ne bis in idem-beginsel ligt in individuele rechtszekerheid van de betrokkene (zie nr. 164). Het ligt daarom voor de hand aansluiting te zoeken bij het vertrouwensbeginsel. In het kader van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel zou de betrokkene vanuit een oogpunt van rechtszekerheid erop mogen vertrouwen dat wanneer in één procedure een strafbaar feit is betrokken geweest en de rechter zich daarover inhoudelijk (ten gronde) heeft uitgelaten, het betreffende feit daarmee is afgedaan. Die ene

118 Zie omtrent de inhaaldagvaarding HR 15 februari 1949, NJ 1949, 305, m.nt. BVAR, alsmede HR 9 maart 1982, NJ 1983, 703, m.nt. ThWvV, en daarover A.A. Franken 1995, p. 67-68, en Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbl.), aant. 11 op art. 68 (suppl. 97). Zie met betrekking tot de ad informandum gevoegde feiten de bronnen genoemd in noot 78. Verder wijs ik op de erkenning van de zelfstandige werking van het ne bis in idem-beginsel in het tuchtrecht. Zie HR 10 oktober 1978, NJ 1979, 53, m.nt. ThWvV. Een zekere zelfstandige werking van het ne bis in idem-beginsel wordt eveneens in de literatuur aanvaard. Zie, met nadere verwijzingen, De Doelder 1981, p. 152, 174, en M.J.C. Leijten 1991, p. 366. Zie voorts de noot van 't Hart onder HR 9 oktober 1984, NJ 1985, 251.

119 Van der Neut & Simmelink 1999, p. 135-136, opperen deze mogelijkheid. Vgl. voorts Keulen 1999, p. 103-104, die een beperkte toetsing aan het vertrouwensbeginsel mogelijk acht voor zover het gaat om het betrekken van een strafbaar feit in een ontnemingsvordering dat in een daaraan voorgaande strafzaak enkel tot veroordeling heeft geleid, terwijl een mededeling ex art. 311 lid 1 Sv achterwege is gelaten. Zie meer algemeen over de relatie tussen het ne bis in idem-beginsel en de beginselen van een goede procesorde: Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbl.), aant. 9a op art. 68 Sr (suppl. 97). Vgl. voorts Machielse 1983, die het voorstel doet om een engere interpretatie van 'hetzelfde feit' in art. 68 Sr te verbinden met de toetsing van de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie aan de beginselen van een goede procesorde. Hij stelt daarbij de rechtszekerheid voor de verdachte voorop. In vergelijkbare zin ook Lensing 1995, p. 217-218.

procedure bestaat in elk geval uit een hoofdzaak en, voor zover het Openbaar Ministerie een mededeling ex art. 311 lid 1 Sv heeft gedaan,¹²⁰ ook uit een daarop volgende ontnemingsprocedure.

Van belang is nu of het genoemde vertrouwen ook kan worden aangemerkt als *gerechtvaardigd* vertrouwen. Waarom zou de betrokkene erop mogen vertrouwen dat een strafbaar feit maar in één procedure aan de orde komt? Een argument daarvoor is dat het Openbaar Ministerie bij de vervolgingsbeslissing zelf kan bepalen welke feiten in de procedure worden betrokken en ook op welke wijze dat geschiedt: als ten laste gelegd feit en/of als feit dat in de ontnemingsvordering wordt betrokken. Juist omdat het Openbaar Ministerie deze keuzevrijheid heeft en in die zin niet wordt beknot in het voeren van een effectief ontnemingsbeleid, mag de eis worden gesteld dat het rekening houdt met het vertrouwen dat de betrokkene daaraan redelijkerwijs zou kunnen ontlelen.¹²¹ Dientengevolge moet het Openbaar Ministerie, indien het een keuze heeft gemaakt over de wijze waarop de strafbare feiten in een procedure worden betrokken, zich aan de eigen keuze houden.¹²²

Deze redenering kan voorts worden doorgetrokken naar de mogelijkheid van schikking. Bij de keuze welke feiten onderdeel uitmaken van de tenlastelegging en/of de ontnemingsvordering, kan het Openbaar Ministerie tevens bepalen of het bereid is in plaats daarvan ter zake van een strafbaar feit een schikking aan te gaan. Komt deze schikking tot stand, dan mag de betrokkene daaraan redelijkerwijs het vertrouwen ontlelen dat het bij die schikking blijft.

175. Ter voorkoming van misverstanden wijs ik erop dat het vertrouwen niet wordt geconstitueerd door een expliciete toezegging van het Openbaar Ministerie.¹²³ In

120 Vgl. Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 5, waar de mededeling ex art. 311 lid 1 Sv in verband wordt gebracht met de rechtszekerheid. Het achterwege laten van die mededeling behoort dan ook tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de ontnemingsvordering te leiden. Zie Van der Landen & Simmelink 1997, p. 175, Keulen 1999, p. 278-279, en Corstens 1999, p. 784, alsmede Rb. Amsterdam 29 november 1995, JOW 1996, 133, Rb. Almelo 17 september 1996, JOW 1997, 14, en Rb. Zwolle 4 februari 1997, JOW 1997, 72. Vgl. voorts Rb. Rotterdam 22 april 1996, JOW 1997, 91, Rb. Zwolle 4 februari 1997, JOW 1997, 82, Hof Arnhem 24 april 1997, JOW 1997, 109, en Rb. Den Bosch 12 juni 1997, JOW 1998, 23.

121 Bij samenloop van strafrechtelijke sancties en administratieve sancties kan de samenloop doorgaans niet worden tegengegaan met een beroep op de beginselen van een goede procesorde juist omdat het Openbaar Ministerie geen of weinig invloed kan uitoefenen op de administratieve sanctionering. Zie de noten van 't Hart onder HR 9 oktober 1984, NJ 1985, 251, en HR 15 januari 1985, NJ 1985, 450.

122 Vgl. Machiels 1983, p. 143, die een dergelijke plicht aanduidt als een eis van *fair play*. Een nuancering die nog wel moet worden aangebracht, is dat, indien de rechter het feit op formele gronden afdoet, de betrokkene er rekening mee moet houden dat het Openbaar Ministerie alsnog een inhoudelijk oordeel van de rechter tracht te verkrijgen.

123 In de rechtspraak is het vertrouwensbeginsel met name ontwikkeld aan de hand van dergelijke toezeggingen. Zie nader Cleiren 1989, p. 104-111, De Hullu 1997b, p. 111-116, en Corstens 1999, p. 61-64.

de hiervoor geschetste toepassing van het vertrouwensbeginsel ontbreekt een dergelijke toezegging. Het vertrouwen en de gerechtvaardigdheid daarvan zijn beide gebaseerd op de vrije keuze die het Openbaar Ministerie heeft om een strafbaar feit te betrekken in de tenlastelegging en/of de ontnemingsvordering. Het gaat derhalve niet om een (expliciete) toezegging, maar om een interpretatie met betrekking tot die keuzevrijheid.¹²⁴ Op grond van deze interpretatie is het mogelijk het ongeschreven ne bis in idem-beginsel aan de hand van de beginselen van een goede procesorde vorm te geven in de context van de voordeelsontneming.¹²⁵

De hier geschetste rol van de beginselen van een goede procesorde laat onverlet dat art. 68 lid 1 Sr naar mijn mening in beginsel 'gewoon' van toepassing is met betrekking tot het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel. De consequentie daarvan is dat de beginselen van een goede procesorde, wat betreft het voorkomen van een bis in idem, pas relevant zijn indien art. 68 lid 1 Sr geen betrekking heeft op een bepaalde situatie. Dat doet zich voor, zoals reeds gezegd, bij de schikking ex art. 51 lc Sv.

3.6 Afsluitende opmerkingen

176. In deze paragraaf heb ik onderzocht in hoeverre aan de ontnemingsprocedure een ne bis in idem-regeling ten grondslag ligt. In de ontnemingswetgeving zijn daartoe, met uitzondering van art. 36e lid 7 Sr, geen bijzondere bepalingen opgenomen. De beschrijving van de wetsgeschiedenis laat een kluwen aan opmerkingen zien over het afdoeningskarakter van de ontnemingsmaatregel, de verhouding tussen hoofdzaak en ontnemingsprocedure en de betekenis van het begrip 'vervolgning'. Het ontwarren van die kluwen leidt ertoe dat, anders dan uit de jurisprudentie de Hoge Raad volgt, art. 68 lid 1 Sr van toepassing is. Dit betekent, kort gezegd, dat een strafbaar feit dat enkel in de hoofdzaak of enkel in de aansluitende ontnemingsprocedure aan de orde is gekomen en waarover de rechter ten gronde heeft beslist, niet meer in latere hoofdzaak of ontnemingsprocedure mag worden betrokken.

124 Vgl. A.A. Franken 1993, p. 25-27, die met betrekking tot de afdoening van ad informandum erop wijst dat tengevolge van het ontbreken van een expliciete toezegging het verval van het vervolgingsrecht niet geheel kan worden verklaard aan de hand van het vertrouwensbeginsel. Vgl. echter ook de noot van Th.W. van Veen onder HR 13 februari 1979, NJ 1979, 243, Cleiren 1989, p. 107-108, en Corstens 1999, p. 62.

125 Dat hiermee voor wat betreft de afdoening in rechte hetzelfde resultaat wordt behaald als met art. 68 lid 1 Sr, hoeft geen verbazing te wekken. De gegeven interpretatie van het opgewekte vertrouwen houdt verband met argumenten die naar mijn mening ook relevant zijn voor de uitleg van art. 68 lid 1 Sr in de context van de ontnemingsmaatregel (vgl. met name nr. 170). Zie in dit verband Cleiren 1989, p. 210-211, 263-265, die erop wijst dat de beginselen van een goede procesorde ertoe strekken dat bevoegdheden en verplichtingen worden toegepast conform het daarvoor geldende doel. De vaststelling (interpretatie) van dit doel gaat derhalve vooraf aan de toepassing van de beginselen.

De aanleiding voor het verschil van inzicht met de Hoge Raad houdt primair verband met het begrip 'vervolg' in art. 68 lid 1 Sr, maar heeft daarnaast een banalere reden. De wetgever heeft met de ontnemingswetgeving de mogelijkheid geschapen voor een bijzondere afdoening van strafbare feiten door deze als tweede, derde of vierde variant te betrekken in een van de 'gewone' strafprocedure losstaande procedure. Helaas heeft de wetgever deze drastische ingreep niet gepaard doen gaan met een doordenking van de consequenties van die ingreep en voorzien van een deugdelijke ne bis in idem-regeling. Zou de wetgever dat wel hebben gedaan, dan zou een uitgebreide analyse van de wetsgeschiedenis, hoe interessant men (ik) die ook kan vinden, achterwege hebben kunnen blijven.

4 Ontneming na niet-veroordeling

4.1 Inleiding

177. In de vorige paragraaf zijn gevallen besproken, waarin een strafbaar feit aan de orde komt in de hoofdzaak en vervolgens in een niet op deze hoofdzaak aansluitende ontnemingsprocedure alsmede waarin een strafbaar feit eerst aan de orde komt in een ontnemingsprocedure en vervolgens in een – logischerwijs van deze procedure losstaande – hoofdzaak. Deze paragraaf heeft betrekking op gevallen waarin een ten laste gelegd feit in de hoofdzaak niet tot veroordeling leidt, maar vervolgens in een daarop aansluitende ontnemingsprocedure wel door het Openbaar Ministerie aan de rechter wordt voorgelegd teneinde het uit dat feit verkregen voordeel te ontnemen. Dit is uiteraard alleen mogelijk indien er in de hoofdzaak nog een ander feit ten laste is gelegd en ter zake van dat feit wel een veroordeling is uitgesproken. Anders ontbreekt immers het grondfeit en kan er geen ontnemingsmaatregel worden opgelegd (art. 36e leden 1 en 3 Sr). In deze paragraaf onderzoek ik in hoeverre de ontnemingsmaatregel betrekking mag hebben op deze feiten, waarvoor in de hoofdzaak geen veroordeling is uitgesproken. Kortheidshalve spreek ik van de mogelijkheid van 'ontneming na niet-veroordeling'.

In 1999 heeft de Hoge Raad een aantal arresten over de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling gewezen. In de literatuur is, in het bijzonder waar het gaat om zaken waar in de hoofdzaak een vrijspraak is uitgesproken voor één of meerdere ten laste gelegde feiten, deze jurisprudentie kritisch ontvangen en wordt beweerd dat er sprake zou zijn van strijd met art. 6 lid 2 EVRM.¹²⁶ In het navolgende onderzoek ik dan ook in hoeverre de betreffende jurisprudentie in

126 Mols 1999, p. 127. Iets minder stellig: A.A. Franken & Jurgens 1999, p. 923-924, en Doorenbos 2000a, p. 510-511.

overeenstemming is met die verdragsbepaling. Daaraan voorafgaand bespreek en analyseer ik de relevante onderdelen uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak.

4.2 Wetsgeschiedenis en jurisprudentie

178. Uit de tekst van de wet blijkt in hoeverre ontneming na niet-veroordeling mogelijk is. Art. 36e leden 1 en 3 Sr eisen slechts dat er sprake is van een veroordeling 'wegens een strafbaar feit' dan wel een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. Ook in de wetsgeschiedenis wordt niet expliciet ingegaan op de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. Wel bevat de Memorie van Toelichting een aanwijzing dat de minister niet in deze mogelijkheid heeft willen voorzien. Ik doel hier op de verwerping van het voorstel van de werkgroep-Schutte om oplegging van de ontnemingsmaatregel toe te staan in gevallen waarin er niettegenstaande een vrijspraak of een ontslag van alle rechtsvervolgning is vastgesteld dat de verdachte een strafbaar feit heeft begaan (zie nr. 119). Ook al is de motivering van die verwerping niet bijster helder, in elk geval blijkt daaruit dat de minister het voorstel niet heeft willen overnemen.

Tussen de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling en het voorstel van de werkgroep-Schutte zit een verschil. Dit voorstel is geformuleerd op grond van de situatie waarin er sprake is van maar één ten laste gelegd feit en de rechter de verdachte ter zake van dat feit vrijspreekt of van alle rechtsvervolgning ontslaat. De in deze paragraaf besproken situatie bestaat eruit dat de betrokkene voor tenminste één ten laste gelegd feit is veroordeeld, maar dat in de ontnemingsprocedure een ander ten laste gelegd feit waarvoor de betrokkene niet is veroordeeld, onderdeel uitmaakt van de feiten waarop de ontnemingsvordering betrekking heeft. Het verwerpen van het voorstel van de werkgroep-Schutte ziet daarom niet precies toe op de gevallen die in deze paragraaf centraal staan. Dat neemt niet weg dat die verwerping als een indicatie kan worden opgevat dat bij de totstandkoming van de ontnemingswetgeving de minister niet de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling heeft willen scheppen.¹²⁷

179. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling wel nader uitgewerkt. Relevant zijn vier uitspraken, die alle in 1999 zijn gewezen.

In de eerste procedure is de betrokkene ten laste gelegd dat hij gedurende twee jaar betrokken zou zijn geweest bij – kort gezegd – de handel in hasj en hennep.¹²⁸ Hij wordt alleen veroordeeld voor het op een bepaalde datum aanwezig hebben van een hoeveelheid hasj, met vrijspraak van het meer of anders ten laste

¹²⁷ Vgl. A.A. Franken & Jurgens 1999, p. 923.

¹²⁸ HR 13 april 1999, NJ 1999, 483, JOW 1999, 49.

gelegde. Bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel betreft de rechter echter als soortgelijke feiten alle handelsactiviteiten in de ten laste gelegde periode van twee jaar. Het tegen dit oordeel gerichte cassatieberoep wordt verworpen. De Hoge Raad wijst erop dat de wet met betrekking tot soortgelijke feiten enkel vereist dat er voldoende aanwijzingen bestaan dat deze feiten door de betrokkene zijn begaan. Dat oordeel houdt niet in dat de betreffende feiten ook conform de bewijsvoorschriften van art. 338-344a Sv bewezen moeten zijn verklaard. Derhalve staat de

(...) partiële vrijspraak er niet aan in de weg (...) dat de feiten, bestaande uit het opzettelijk verkopen van bepaalde hoeveelheden hashish en/of hennep op de voet van art. 36e, tweede lid, Sr bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel worden betrokken.¹²⁹

De tweede uitspraak is reeds aan de orde geweest (in nr. 153) voor zover het gaat om het SFO-vereiste in art. 36e lid 3 Sr.¹³⁰ Het betreft een ontnemingsvordering ter zake van (onder meer) een feit waarvoor het Openbaar Ministerie in de hoofdzak niet-ontvankelijk is verklaard. De betrokkene is wel op grond van andere ten laste gelegde feiten veroordeeld. Het hof meent dat oplegging van een ontnemingsmaatregel niet mogelijk is met betrekking tot het voordeel dat zou zijn verkregen uit het feit waarvoor het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is verklaard. De Hoge Raad casseert de uitspraak van het hof met onder meer de volgende overweging:

De wet staat er niet aan in de weg dat de in art. 36e, tweede lid, Sr bedoelde soortgelijke feiten en feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, alsmede de in art. 36e, derde lid, Sr bedoelde andere feiten aanvankelijk voorwerp zijn geweest van de tenlastelegging zonder dat zij tot een veroordeling hebben geleid. De wetgever heeft hier een ruime regeling voor ogen gehad die het in het bijzonder mogelijk maakt het wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen van feiten die onderdeel uitmaken van een complex van "systematische en min of meer georganiseerde wetsschendingen" (...). Niet valt in te zien waarom wel feiten die geen voorwerp zijn geweest van de tenlastelegging ten grondslag mogen worden gelegd aan een ontnemingsmaatregel en niet feiten die wel in de tenlastelegging waren opgenomen.

129 In die zin ook Rb. Amsterdam 21 februari 1996, JOW 1996, 185. Vgl. voorts Rb. Middelburg 15 juli 1998, JOW 1999, 9, die het in strijd met de regels van een goede procesorde acht om een feit waarvan de betrokkene is vrijgesproken in een ontnemingsvordering ex art. 36e lid 3 Sr te betrekken, tenzij het gaat om een 'technische' vrijspraak.

130 HR 14 september 1999, NJ 2000, 55, m.nt. JR, JOW 1999, 61, JOW 2000, 23.

Want, zo vervolgt de Hoge Raad, in beide gevallen moet de rechter onderzoeken of er aan de voorwaarden voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel is voldaan, moet hij zijn schatting van het voordeel baseren op wettige bewijsmiddelen (art. 511f Sv) en moet hij onderzoeken of er 'voldoende aanwijzingen' bestaan in de zin van art. 36e lid 2 Sr dan wel of het 'aannemelijk' is dat andere strafbare feiten op enigerlei wijze hebben geleid tot de verkrijging van wederrechtelijk voordeel door de betrokkene (art. 36e lid 3 Sr).¹³¹ In de derde uitspraak, kort na de tweede gewezen, heeft de Hoge Raad deze overweging herhaald.¹³²

Het vierde arrest is eveneens reeds besproken (in nr. 167). Het betreft de uitspraak over de betekenis van de verklaring van beëindiging van de zaak in de zin van art. 36 lid 1 Sv.¹³³ Een passage uit de overwegingen van de Hoge Raad is in het bijzonder van belang voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. De Hoge Raad noemt als argument voor zijn – mijns inziens betwistbare – stelling dat een verklaring van art. 36 lid 1 Sv niet in de weg staat aan het opleggen van een ontnemingsmaatregel ter zake van dezelfde feiten:

Bedacht dient te worden dat de strafvervolgung ter zake van een bepaald strafbaar feit kan zijn beëindigd omdat onvoldoende bewijs aanwezig is. Dat staat er onder omstandigheden niet aan in de weg dat voldoende aanwijzingen bestaan dat de betrokkene dat feit heeft begaan (...) of dat aannemelijk is dat bedoeld strafbaar feit, bij het begaan waarvan hij niet betrokken behoeft te zijn geweest, er op enigerlei wijze toe heeft geleid dat hij wederrechtelijk voordeel heeft verkregen (...).

De Hoge Raad verwijst daarbij naar de hiervoor besproken tweede uitspraak.

180. De argumentatie van de Hoge Raad is betrekkelijk eenvoudig: de wet stelt bepaalde vereisten voor het al dan niet kunnen betrekken van een strafbaar feit in een ontnemingsmaatregel en uit die vereisten volgt niet dat een niet-veroordeling relevant is. Daar komt bij dat de bewijscriteria die in art. 36e Sr worden genoemd, niet gelijk zijn aan de in de hoofdzaak geldende bewijscriteria, waardoor, zo redeneert hij, een afwijkend oordeel in de ontnemingsprocedure denkbaar is. De argumentatie van de Hoge Raad is niet bepaald bevredigend. Het belangrijkste knelpunt is dat geheel in het midden wordt gelaten wat precies de verschillen zijn tussen de beslissingen die de rechter in de hoofdzaak en in de ontnemingsprocedure moet nemen.¹³⁴ De argumentatie van de Hoge Raad lijkt immers te veronderstellen dat de beslissingen in beide procedures geheel los van elkaar staan en dat er dus

131 In die zin ook Rb. Almelo 2 december 1996, JOW 1997, 16.

132 HR 23 november 1999, JOW 2000, 3, NJB 2000, p. 233-234, nr. 93.

133 HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 56.

134 Vgl. ook A.A. Franken & Jurgens 1999, p. 924.

geen interferentie plaatsvindt,¹³⁵ maar dat is naar mijn mening nu juist de vraag die voorop moet worden gesteld bij de beoordeling van de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. Zodoende kan worden beoordeeld in hoeverre er *relevante* verschillen bestaan en welke consequenties daaruit moeten voortvloeien. In de nu volgende paragraaf ga ik hier dan ook nader op in.

4.3 *Interferenties van hoofdzaak en ontnemingsprocedure*

4.3.1 *Inleiding*

181. Er kunnen verschillende redenen zijn waarom een bepaald ten laste gelegd feit niet tot een veroordeling leidt. Deze redenen laten zich, gelet op art. 348 en 350 Sv, onderverdelen in formele en materiële beletselen. Tot de eerste reken ik de nietigheid van de dagvaarding, de onbevoegdheid van de rechter, de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en de schorsing van de vervolging. Tot de tweede behoren het niet wettig en overtuigend bewezen zijn van het ten laste gelegde feit, het niet kunnen kwalificeren van het bewezenverklarde als strafbaar feit en het zich voordoen van een strafuitsluitingsgrond. In deze paragraaf onderzoek ik welke consequenties moeten worden verbonden aan het zich voordoen van elk van deze beletselen voor wat betreft de mogelijkheid om een ontnemingsmaatregel op te leggen.

4.3.2 *Formele beletselen*

182. Op grond van art. 511e lid 1 Sv moet de rechter onderzoeken of de formele beletselen zich in de ontnemingsprocedure voordoen, zij het dat hij de vragen van art. 348 Sv moet interpreteren in het licht van de ontnemingsprocedure. Dat betekent in elk geval dat de ontnemingsrechter geen oordeel hoeft te vellen over de geldigheid van de dagvaarding. Het onderzoek in de ontnemingsprocedure vindt immers niet plaats op de grondslag van de tenlastelegging, maar naar aanleiding van de ontnemingsvordering (art. 511e lid 1 sub a Sv).¹³⁶ De ontnemingsrechter moet zich derhalve buigen over de geldigheid van de ontnemingsvordering.¹³⁷

135 Vgl. in dit verband HR 25 mei 1999, JOW 1999, 43, en HR 8 juni 1999, NJ 1999, 589; de ontnemingsrechter is weliswaar gebonden aan de uitspraak in de hoofdzaak, maar dat neemt niet weg dat hij zelfstandig de voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel benodigde feitelijke vaststelling moet doen en ook zelfstandig moet oordelen over in de ontnemingsprocedure opgeworpen verweren.

136 Zie nader Van der Landen & Simmelink 1997, p. 171-172, en Keulen 1999, p. 273-277. Vgl. ook nr. 339, omtrent de informatieve functie van de ontnemingsvordering.

137 Zie Van der Landen & Simmelink 1997, p. 173, en Keulen 1999, p. 278.

Er doet zich op dit onderdeel, strikt genomen, geen interferentie voor. De nietigheid van de dagvaarding heeft formeel geen consequenties voor de geldigheid van de ontnemingsvordering. Wel is het van belang dat het in die dagvaarding ten laste gelegde feit in de ontnemingsprocedure komt vast te staan. Is bijvoorbeeld de dagvaarding nietig verklaard omdat het ten laste gelegde feit niet conform de eisen van art. 261 leden 1 en 2 Sv is omschreven, dan moet het Openbaar Ministerie in de ontnemingsprocedure een dergelijke omschrijving alsnog geven, wil de rechter dat feit kunnen vaststellen. Dat laat onverlet dat de nietigheid van de dagvaarding als zodanig de geldigheid van de ontnemingsvordering niet aantast. In die zin kan het in die dagvaarding ten laste gelegde feit vervolgens onderdeel uitmaken van een op te leggen ontnemingsmaatregel.¹³⁸

Op grond van art. 511b lid 1 Sv moet de ontnemingsvordering aanhangig worden gemaakt bij de rechtbank, waarbij de relatieve competentie wordt bepaald door de gebruikelijke voorschriften van art. 2, 4, 5 en 6 Sv.¹³⁹ Indien de rechter zich in de hoofdzaak zich met betrekking tot een ten laste gelegd feit onbevoegd verklaart, heeft dat formeel geen gevolgen maar de praktische consequentie is dat het betreffende feit vervolgens niet in een opvolgende ontnemingsprocedure kan worden beoordeeld. De ontnemingsrechter is ook dan onbevoegd.

183. Het is minder eenvoudig om te bepalen of onregelmatigheden die in de hoofdzaak leiden tot niet-ontvankelijkheid (bijvoorbeeld verjaring, het ontbreken van een klacht¹⁴⁰ of onrechtmatige bewijsvergaring), van invloed kunnen of moeten zijn op de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn ontnemingsvordering. In dit verband is hoofdzakelijk van belang op welke wijze men het begrip 'vervolging' in relatie tot de ontnemingswetgeving uitlegt. Met het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wordt immers tot uiting gebracht dat in de gegeven omstandigheden het recht van vervolging ontbreekt.¹⁴¹ Ook in de genoemde vierde uitspraak komt dit naar voren als relevant criterium.¹⁴²

In nr. 166-169 is naar voren gekomen dat het begrip 'vervolging' in relatie tot de ontnemingsprocedure op meerdere manieren kan worden geïnterpreteerd. De Hoge Raad hanteert, althans in de genoemde vierde uitspraak, als uitgangspunt dat de ontnemingsprocedure onderdeel uitmaakt van de vervolging in de hoofdzaak. De consequentie daarvan is dat het betrekken van een strafbaar feit dat niet in de hoofdzaak ten laste is gelegd, niet als een vervolging kan gelden. Er kan

138 Zo ook Rb. Amsterdam 21 februari 1996, JOW 1996, 185.

139 Van der Landen & Simmelink 1997, p. 174. Vgl. ook Keulen 1999, p. 270-271.

140 In verband met de ontnemingsmaatregel is het klachtvereiste vooral van belang bij schending van ambtsgeheim (art. 272 Sr), bekendmaking van bedrijfsgeheimen (art. 273 Sr), diefstal tussen naaste familie (art. 316 lid 2 Sr) en afdreiging (art. 318 Sr).

141 Zie Corstens 1999, p. 614.

142 HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 56.

dientengevolge met betrekking tot het feit dat alleen in de ontnemingsvordering wordt betrokken, geen sprake zijn van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De Hoge Raad aanvaardt dit gevolg in elk geval voor wat betreft feiten die onderdeel uitmaken van een verklaring van art. 36 lid 1 Sv. Deze uitspraak laat zich echter ook extrapoleren naar andere vervolgingsbeletselen. Dit leidt dan wel tot wonderlijke consequenties. Op deze wijze zouden onder andere feiten in een ontnemingsvordering kunnen worden betrokken die zijn verjaard, die door de betrokkene zijn begaan terwijl hij jonger dan twaalf jaar was of ten aanzien waarvan op een volstrekt onoirbare manier bewijsmateriaal is verzameld.¹⁴³ In de wetsgeschiedenis komt nergens tot uitdrukking dat deze mogelijkheden zijn beoogd. Ook anderszins zie ik geen grond voor de wenselijkheid daarvan. Integendeel, de ontnemingswetgeving is niet in het leven geroepen om vervolgingsbeletselen te ontlopen.

184. Men kan ook een andere argumentatie hanteren. Het is naar mijn mening van belang onderscheid te maken tussen twee vragen: *of* het Openbaar Ministerie in een bepaalde zaak het recht heeft om een ontnemingsvordering in te stellen, en *zo ja*: tot welke feiten dit recht zich uitstrekt. De eerste vraag heeft in hoofdzaak betrekking op twee wettelijk voorschriften: de verplichting van het Openbaar Ministerie uiterlijk bij requisitoir mededeling te doen van het voornemen een ontnemingsvordering in te stellen (art. 311 lid 1 Sv) en het vereiste dat een ontnemingsmaatregel alleen kan worden opgelegd indien de betrokkene is veroordeeld wegens het begaan van een strafbaar feit (art. 36e lid 1 Sr), of voor wat betreft de vierde variant: een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (art. 36e lid 3 Sr). Is aan één van beide voorschriften niet voldaan, dan moet het Openbaar Ministerie in de (gehele) ontnemingsvordering niet-ontvankelijk worden verklaard.¹⁴⁴

Gesteld dat het Openbaar Ministerie kan worden ontvangen in de ontnemingsvordering, dan rijst de vraag op welke feiten die vordering betrekking mag hebben.¹⁴⁵ Naar mijn mening moet deze vraag worden beantwoord aan de hand van het concept van de cumulatie (of de bundel) van vervolgingen (zie nr. 169). Dit houdt in dat de rechter met betrekking tot elk feit dat onderdeel van de

143 Zie voor een overzicht van alle vervolgingsbeletselen Corstens 1999, p. 181-203.

144 Zie voor wat betreft de mededeling ex art. 311 lid 1 Sv de bronnen genoemd in noot 120. Een ander, de gehele ontnemingsvordering betreffend beletsel is een ernstige overschrijding van de redelijke termijn in de ontnemingsprocedure. Zie daarover nr. 512-513.

145 Ik wijs er voorts op dat het Openbaar Ministerie niet in de ontnemingsvordering hoeft aan te duiden welke feiten deze vordering omvat. Dat neemt echter niet weg dat het Openbaar Ministerie daarover in de ontnemingsprocedure wel duidelijkheid moet verschaffen. Zie ook nr. 339.

ontnemingsvordering uitmaakt, bepaalt, zo daartoe aanleiding is,¹⁴⁶ of met betrekking tot dat feit voor het Openbaar Ministerie het recht tot vervolging is komen te vervallen.¹⁴⁷ Indien het Openbaar Ministerie bijvoorbeeld een soortgelijk feit in de vordering betreft dat inmiddels is verjaard of dat onderdeel uitmaakt van een verklaring van art. 36 lid 1 Sv, moet het Openbaar Ministerie met betrekking tot dit feit niet-ontvankelijk worden verklaard.¹⁴⁸ De rechter kan vervolgens wel met betrekking tot de overige feiten een ontnemingsmaatregel opleggen.

Gelet op mijn eerdere stellingname met betrekking tot het begrip 'vervolging' zal het geen verbazing wekken dat ik kies voor deze getrapte wijze van beoordeling van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Ik wijs er in dit verband nog op dat in het voor 1 maart 1993 geldende recht de oplegging van een ontnemingsmaatregel ex art. 36e Sr (oud) alleen mogelijk was indien het Openbaar Ministerie ter zake van het ten laste gelegde feit ontvankelijk was in zijn vervolging. De ontnemingswetgeving heeft mijns inziens niet beoogd op deze situatie een uitzondering te maken. Het is veeleer de niet goed doordachte constructie van een afzonderlijke ontnemingsprocedure die aanleiding lijkt te geven voor de – hier verworpen – interpretatie dat de niet-ontvankelijkheid in de hoofdzaak met betrekking tot een bepaald feit geen consequenties heeft voor de ontvankelijkheid in de ontnemingsvordering waarvan datzelfde feit onderdeel uitmaakt.

Met de hier verdedigde benadering wordt overigens tevens recht gedaan aan een argument dat de Hoge Raad in het tweede en het derde arrest bezigt: er zou geen verschil mogen worden gemaakt tussen feiten die wel en die niet ten laste worden gelegd.¹⁴⁹ De ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie ter zake van een feit dat is betrokken in de ontnemingsvordering, is niet afhankelijk van het al dan niet ten laste gelegd zijn, maar enkel van de vraag of zich ten aanzien van het feit een vervolgingsbeletsel voordoet.

146 In het kader van art. 36e lid 3 Sr is het niet noodzakelijk dat de rechter alle strafbare feiten vaststelt die hebben geleid tot voordeelsverkrijging door de betrokkene. Het is evenwel denkbaar dat de betrokkene zelf één of meerdere feiten specificeert teneinde een tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie strekkend verweer te kunnen voeren. Zie nr. 418.

147 Art. 359a Sv is op grond van art. 511e lid 1 Sv van overeenkomstige toepassing, zodat niet elk vormverzuim de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie tengevolge heeft. Zie ook Van der Landen & Simmelink 1997, p. 188-189.

148 Een vervolgingsbeletsel dat zich in de hoofdzaak met betrekking tot een feit voordoet, leidt in de ontnemingszaak in principe eveneens tot niet-ontvankelijkheid. In deze zin ook Van der Landen & Simmelink 1997, p. 184. Anders: Keulen 1999, p. 69. Indien in de hoofdzaak met betrekking tot het grondfeit een beroep op vervolgingsbeletsel wordt verworpen, is het niet de bedoeling dat de ontnemingsprocedure wordt aangewend voor een herhaling van zetten. Zie in dit verband HR 20 april 1999, NJ 1999, 472.

149 HR 14 september 1999, NJ 2000, 55, m.nt. JR, JOW 1999, 61, JOW 2000, 23, en HR 23 november 1999, JOW 2000, 3, NJB 2000, p. 233-234, nr. 93. Zie het eerste citaat in nr. 179.

185. Het laatste formele beletsel is de schorsing van de vervolging. Uit de aard der zaak heeft schorsing van de vervolging in de hoofdzaak geen betekenis voor de mogelijkheid van de oplegging van een ontnemingsmaatregel. Immers, zolang (het onderzoek ter terechtzitting in) de hoofdzaak is geschorst, wordt er geen uitspraak in de hoofdzaak gedaan.¹⁵⁰ Dat is pas mogelijk nadat de schorsing is geëindigd. Zolang er geen uitspraak is gedaan in de hoofdzaak, is er geen sprake van een veroordeling en is diensgevolge de oplegging van een ontnemingsmaatregel niet mogelijk (art. 36e leden 1 en 3 Sr).¹⁵¹ Die mogelijkheid bestaat pas weer nadat de schorsing in de hoofdzaak is beëindigd. Interferentie is daardoor praktisch niet mogelijk.

4.3.3 Materiële beletselen

186. Naast de formele beletselen kan een niet-veroordeling nog het gevolg zijn van het niet (wettig en overtuigend) bewezen zijn van het ten laste gelegde feit, een kwalificatieprobleem, of het aanwezig zijn van een rechtvaardigings- of schulditsluitingsgrond (art. 350 Sv). Uit een bespreking van elk van deze materiële beletselen kan blijken in hoeverre een vrijspraak of een ontslag van alle rechtsvervolging ter zake van een bepaald feit betekenis heeft voor de mogelijkheid van ontneming van het wederrechtelijk voordeel dat uit dat feit is verkregen.¹⁵² Daaraan gaat echter de vraag vooraf of art. 68 lid 1 Sr de mogelijkheid van de oplegging van een ontnemingsmaatregel belemmert ter zake van een feit dat niet tot een veroordeling heeft geleid, maar waarover wel ten gronde is beslist.

Het antwoord op deze preliminaire vraag is afhankelijk van de wijze waarop men art. 68 lid 1 Sr, en dan met name het begrip 'vervolging', interpreteert in het licht van de van de hoofdzaak gescheiden ontnemingsprocedure (zie nr. 166-169). Voor zover men toepassing van art. 68 lid 1 Sr mogelijk acht, moet worden beoordeeld welke betekenis deze bepaling heeft voor de hier besproken situatie. In het bijzonder rijst de vraag of het betrekken van een strafbaar feit in een ontnemingsvordering, terwijl dat feit in de hoofdzaak ten laste is gelegd maar op

150 Zie nader over de gevolgen van de schorsing en de beëindiging daarvan Kristen in: Melai c.s. (losbl.), aant. 7, 9 op art. 14-20 (suppl. 118).

151 Ik ga daarbij uit van een schorsing in de hoofdzaak in eerste aanleg. Een schorsing in hoger beroep of in cassatie staat in beginsel niet in de weg aan de verdere behandeling van de ontnemingszaak, zij het dat de reden voor schorsing in de hoofdzaak veelal ook reden is voor schorsing in de ontnemingszaak. Zie voor een enigszins andere benadering Kristen in: Melai c.s. (losbl.), aant. 7.3 op art. 14-20 (suppl. 118). Vgl. over de schorsing van de vervolging in de ontnemingszaak voorts Van der Landen & Simmelink 1997, p. 176-177, en Keulen 1999, p. 279.

152 In het algemeen geldt daarbij dat in de ontnemingsprocedure art. 350 Sv van overeenkomstige toepassing is, maar de ontnemingsrechter beraadslaagt 'naar aanleiding van' de ontnemingsvordering over het al dan niet opleggen van een ontnemingsmaatregel (art. 511e lid 1 sub a Sv). Welke consequenties deze modificatie van het beslissingsmodel van art. 350 Sv heeft, komt in de hoofdttekst nog aan de orde.

inhoudelijke gronden niet tot een veroordeling heeft geleid, leidt tot één of twee vervolgingen. Deze vraag is bepaald niet eenvoudig te beantwoorden. De mededeling ex art. 311 lid 1 Sv bewerkstelligt in principe dat het ten laste leggen van het grondfeit en het vervolgens betrekken van dit feit in een ontnemingsvordering als één vervolging moet worden opgevat. Uit art. 311 lid 1 Sv kan niet worden afgeleid of daarbij ook een veroordeling ter zake van dat feit is vereist, noch wat de precieze betekenis van dit voorschrift is in gevallen waarin er meer feiten ten laste zijn gelegd. Ook art. 36e leden 1 en 3 Sr waar een veroordeling als voorwaarde voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel wordt vereist, bepaalt hier niets over.¹⁵³

187. De impasse kan als volgt worden doorbroken. Indien in de hoofdzaak één feit ten laste wordt gelegd en ter zake van dit feit geen veroordeling wordt uitgesproken, is oplegging van een ontnemingsmaatregel niet mogelijk. De vervolging eindigt en is derhalve beperkt gebleven tot de hoofdzaak. Zou dit feit vervolgens, na een latere veroordeling wegens een ander strafbaar feit, in een ontnemingsprocedure worden betrokken, dan geldt zulks als een tweede (ontoelaatbare) vervolging (zie nr. 170). Ik acht het een verdedigbare stelling dat hetzelfde moet worden aangenomen voor de situatie waarin een ten laste gelegd feit op inhoudelijke gronden niet tot een veroordeling heeft geleid, terwijl dit feit wel in de ontnemingsvordering wordt betrokken na veroordeling wegens een cumulatief ten laste gelegd feit. Alsdan staat art. 68 lid 1 Sr in de weg aan de ontneming van het voordeel dat is verkregen uit het feit waarvoor geen veroordeling is gevolgd.

Ik ben mij evenwel bewust van het feit dat de zojuist besproken benadering geen vanzelfsprekendheid is. De wijze waarop ik in deze specifieke context een nadere invulling heb gegeven aan het begrip 'vervolging', is lastig te onderbouwen met wetstechnische of wetshistorische argumenten. Het is, eerlijk gezegd, dan ook veeleer het resultaat dat mij aanspreekt. Het verbinden van een strafrechtelijke reactie aan een strafbaar feit waarvoor men is vrijgesproken of ontslagen van alle rechtsvervolging, acht ik dermate systeemvreemd dat een dergelijke mogelijkheid zonder expliciete rechtvaardiging en wettelijke grondslag moet worden verworpen.¹⁵⁴ Ik wijs daarbij nadrukkelijk op de verwerping van het voorstel van de werkgroep-Schutte door de minister. Dat is, zoals in nr. 178 opgemerkt een

153 De formulering van art. 51 li Sv suggereert dat de wetgever is uitgegaan van de situatie dat er in de hoofdzaak één strafbaar feit ten laste is gelegd. Vgl. in dit verband HR 14 september 1999, NJ 2000, 55, m.nt. JR, JOW 1999, 61, JOW 2000, 23, waar hetzelfde wordt geconstateerd met betrekking tot art. 126f lid 2 Sv.

154 Vgl. in dit verband ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 201.

indicatie dat de minister ontneming na niet-veroordeling niet mogelijk heeft willen maken.¹⁵⁵

Gelet op het feit dat de door mij voorgestane toepassing van art. 68 lid 1 Sr geen vanzelfsprekend is en de Hoge Raad in deze een andere standpunt inneemt, is het zinvol nader in te gaan op de vraag in hoeverre, los van het ne bis in idem-beginsel, de verschillende materiële beletselen van invloed kunnen zijn op de mogelijkheid tot oplegging van een ontnemingsmaatregel.

188. Voor wat betreft het niet wettig en overtuigend bewezen zijn van het ten laste gelegde feit moeten, teneinde de relevantie van de eerste vraag van art. 350 Sv voor de ontnemingsprocedure te kunnen vaststellen, twee aspecten van elkaar worden onderscheiden: *a.* de rol van de tenlastelegging en *b.* het bewijsrecht zoals dat voortvloeit uit art. 338-344a Sv. In de ontnemingsprocedure is er geen sprake van een tenlastelegging. In plaats daarvan is er sprake van een ontnemingsvordering, welke primair de functie heeft van een oproeping voor de ontnemingsprocedure.¹⁵⁶ De ontnemingsvordering hoeft geen specificatie te bevatten van de strafbare feiten met betrekking tot welke het Openbaar Ministerie de oplegging van een ontnemingsmaatregel vordert.¹⁵⁷ Dit betekent niet dat het Openbaar Ministerie daarover geen enkele uitspraak hoeft te doen (zie nr. 339), maar de explicatie kan op een minder strikte wijze geschieden dan door het formuleren van een tenlastelegging. Een consequentie hiervan is dat een fout in de tenlastelegging in de hoofdzaak, ondanks de ruime bevoegdheid tot wijziging van de tenlastelegging (art. 313 Sv), kan leiden tot vrijspraak, terwijl eenzelfde omschrijving van het strafbare feit in de ontnemingsprocedure niet tot afwijzing van de ontnemingsmaatregel ter zake van dat feit hoeft te leiden.¹⁵⁸

189. In de ontnemingsprocedure geldt voorts niet het bewijsregime van art. 338-344a Sv. In plaats daarvan zijn de criteria wat betreft de bewijswaardering 'voldoende aanwijzingen' en 'aannemelijk'. Voorts vereist art. 511f Sv dat de schatting van het voordeel moet worden ontleend aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen. Daaruit wordt echter niet onmiddellijk duidelijk welke verschillen er precies tussen beide bewijsstelsels bestaan. Een uitgebreide analyse daarvan

155 Om die reden kan niet worden gesteld dat art. 311 lid 1 Sv in de weg staat aan het aannemen van een dubbele vervolging in de gevallen waarin de betrokkene wegens het ten laste gelegde feit niet is veroordeeld, terwijl het Openbaar Ministerie met betrekking tot dat feit een ontnemingsvordering heeft aangekondigd. Zou men die stelling wel aanvaarden, dan schept men een mogelijkheid die de minister heeft verworpen door het voorstel van de werkgroep-Schutte naast zich neer te leggen.

156 Memorie van Toelichting, p. 36.

157 Zie omtrent de inhoud van de ontnemingsvordering nader Memorie van Toelichting, p. 36-37, Doorenbos 1997, p. 110-111, Van der Landen & Simmelink 1997, p. 171-172, Keulen 1999, p. 273-276, en Wöretshofer 1999, p. 50.

158 Vgl. ook Keulen 1999, p. 69.

vindt plaats in hoofdstuk 7 van dit boek. Op deze plaats volsta ik met een aantal constatering en die voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling relevant zijn.

Allereerst het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr. In het vereiste van 'voldoende aanwijzingen' ligt geen wezenlijk ander criterium voor de bewijswaardering besloten dan de 'overtuiging' in de zin van art. 338 Sv. Er is wel sprake van het gebruik van bewijsvermoedens, maar dat doet geen afbreuk aan de maatstaf voor bewijswaardering (zie nr. 346). Ook voor wat betreft de wettigheid van de gebezigde bewijsmiddelen is er nauwelijks verschil (zie nr. 327 en 332). Het bewijs moet voorts rechtmatig zijn verkregen (zie nr. 328). Het meest wezenlijke verschil betreft het niet van toepassing zijn van de regels van de *bewijskracht*, zoals de bewijsminimumregel van art. 341 lid 4 Sv (zie nr. 328). Hieruit vloeit voort dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel ter zake van een feit waarvan de betrokkene in de hoofdzaak is vrijgesproken, alleen denkbaar is als gevolg van het niet van toepassing zijn van een regel van bewijskracht.¹⁵⁹ Maar ook dan moet de rechter er nog steeds van overtuigd zijn dat de betrokkene het beweerde feit heeft begaan.

Het bewijsrecht dat van toepassing is met betrekking tot art. 36e lid 3 Sr is anders vormgegeven. Een belangrijk kenmerk is dat de rechter niet elk feit waaruit wederrechtelijk voordeel is verkregen afzonderlijk hoeft vast te stellen (zie nr. 151). Hierdoor hoeft het voor de rechter niet kenbaar te zijn dat het feit waarvan de betrokkene is vrijgesproken, (impliciet) onderdeel uitmaakt van de ontnemingsvordering. Dit is op zichzelf niet problematisch omdat het feit waaruit de betrokkene het wederrechtelijk voordeel heeft verkregen niet door hem zelf hoeft te zijn begaan (zie nr. 150). Waar het om gaat, is dat het feit door iemand is begaan en dat het wederrechtelijk voordeel vervolgens bij de betrokkene terecht is gekomen. De situatie dat de betrokkene is vrijgesproken van een ten laste gelegd feit omdat *hij* dat feit niet heeft begaan, staat derhalve niet in de weg aan de oplegging van een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr ter zake van dat feit.¹⁶⁰ Vereist is wel dat de betrokkene het wederrechtelijk voordeel uit het strafbare feit heeft verkregen. Een dergelijke situatie zal zich bij uitzondering voordoen. Art. 36e lid 3 Sr ontleent zijn bestaansrecht immers aan de praktische moeilijkheid vast te stellen uit welke strafbare feiten de betrokkene zijn wederrechtelijke voordeel heeft verkregen, ongeacht wie die feiten heeft begaan. Juist die onbekendheid met het feit maakt het hoogst onwaarschijnlijk dat het betreffende feit afzonderlijk ten laste wordt gelegd (zie ook nr. 170).

¹⁵⁹ In gelijke zin Reijntjes in zijn noot onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 55.

¹⁶⁰ Zie ook Reijntjes in zijn noot onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 55.

190. Uit het voorgaande vloeit voort dat de mogelijkheid van ontneming na vrijspraak in uitzonderingsgevallen denkbaar is,¹⁶¹ te weten: een 'technische' fout in de tenlastelegging, het niet van toepassing zijn van een regel van bewijskracht, terwijl die regel dat in het concrete geval van doorslaggevend belang is voor de vaststelling van het feit, en, voor wat betreft art. 36e lid 3 Sr, het begaan zijn van het feit door een ander, terwijl aan de betrokkene wel het wederrechtelijk voordeel is toegekomen. Het is onduidelijk of deze conclusie is in te passen in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In het besproken vierde arrest geeft de Hoge Raad immers aan dat een veroordeling kan uitblijven '(...) omdat onvoldoende bewijs aanwezig is (...)', terwijl dat – kort gezegd – aan toepassing van art. 36e lid 2 of lid 3 Sr niet in de weg hoeft te staan. Uit het arrest blijkt evenwel niet in welke gevallen een dergelijke situatie zich kan voordoen. Dientengevolge is het onduidelijk of de Hoge Raad ontneming na vrijspraak in meer gevallen mogelijk acht dan ik hier heb vastgesteld, al lijkt de ongeclausuleerde wijze waarop zijn overwegingen zijn geformuleerd, daar wel op te duiden.¹⁶²

191. Een ontnemingsmaatregel mag alleen betrekking hebben op het wederrechtelijk voordeel dat is verkregen uit *strafbare feiten*. Dit betekent dat de rechter in een ontnemingsprocedure moet vaststellen of de gedragingen waaruit de betrokkene voordeel zou hebben verkregen, ook als strafbare feiten kunnen worden gekwalificeerd.¹⁶³ Indien in de hoofdzak een ten laste gelegd feit niet als strafbaar feit kan worden gekwalificeerd,¹⁶⁴ dan heeft dat consequenties voor het geval hetzelfde feit onderdeel uitmaakt van de ontnemingsvordering. De oplegging van een ontnemingsmaatregel met betrekking tot dat feit is in principe niet mogelijk. Hierop kan echter één uitzondering worden gemaakt. In nr. 158 heb ik gewezen op de inconsistentie die ontstaat indien met betrekking tot het ontbreken van de verwijtbaarheid ook buiten de context van art. 350 Sv een doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan het verschil tussen de verwijtbaarheid als subjectief bestanddeel en als element. Ter vermijding van deze inconsistentie zou het niet kunnen kwalificeren van het ten laste gelegde feit als strafbaarheid enkel vanwege

161 Waarbij uit de uitspraak in de hoofdzak ook duidelijk moet blijken dat er zich een dergelijke situatie voordoet.

162 A.A. Franken & Jurgens 1999, p. 924, en Doorenbos 2000a, p. 510, suggereren dat de jurisprudentie van de Hoge Raad het toe zou laten dat de ontnemingsmaatregel op basis van onrechtmatig verkregen bewijs kan worden opgelegd. Deze consequentie is echter in strijd met de wetsgeschiedenis. Zie onder meer Memorie van Toelichting, p. 14, waarover nader nr. 328. Zie ook Reijntjes in zijn noot onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 55.

163 Vgl. Van der Landen & Simmelink 1997, p. 182.

164 Hetgeen overigens ook kan geschieden in het kader van de eerste vraag van art. 350 Sv, indien er bijvoorbeeld met betrekking tot een ten laste gelegd bestanddeel met succes een kwalificatieverweer ('dakdekkersverweer') wordt gevoerd. Zie daaromtrent Corstens 1999, p. 669-670.

het ontbreken van verwijtbaarheid, geen gevolgen moeten hebben voor de mogelijkheid van oplegging van een ontnemingsmaatregel.

De strafbaarheid van het feit speelt nog in een ander opzicht een rol. Indien in de hoofdzaak de rechter niet tot veroordeling overgaat omdat er zich een rechtvaardigingsgrond voordoet,¹⁶⁵ heeft dat consequenties indien in de ontnemingsprocedure ter zake van hetzelfde feit de oplegging van een ontnemingsmaatregel wordt gevorderd. Die oplegging vereist immers de aanwezigheid van een strafbaar feit, hetgeen (in elk geval) inhoudt dat het feit wederrechtelijk is begaan (zie nr. 158). Het gaat immers om *wederrechtelijk* verkregen voordeel.

192. Een laatste reden voor een niet-veroordeling ligt in de strafbaarheid van de dader. Hiervoor ben ik ingegaan op de rol van de verwijtbaarheid als bestanddeel. Daarnaast kan de verwijtbaarheid ook een element van de strafbare gedraging zijn. Zoals ik in nr. 157-158 heb aangegeven, is verwijtbaarheid geen voorwaarde om een ontnemingsmaatregel te kunnen opleggen. De aanwezigheid van een schulditsluitingsgrond in de hoofdzaak staat derhalve niet in de weg aan het opleggen van een ontnemingsmaatregel ter zake van hetzelfde feit.

193. Uit het voorgaande volgt dat, voor zover men aanneemt dat het (wettelijke) ne bis in idem-beginsel geen belemmering vormt, na een niet-veroordeling wegens een materieel beletsel de oplegging van een ontnemingsmaatregel ter zake van het betreffende feit onder omstandigheden mogelijk is.¹⁶⁶ In die gevallen rijst wel de vraag in hoeverre de ontneming na niet-veroordeling zich verhoudt met art. 6 lid 2 EVRM, mede gelet op de discussie daaromtrent in de literatuur. In het vervolg van de paragraaf ga ik nader op deze verhouding in.

4.4 *Strijd met art. 6 lid 2 EVRM? De zaak Zegwaard*

194. De ECRM heeft in een uitspraak van 9 september 1998 schending van art. 6 lid 2 EVRM aangenomen in de zaak *W. Zegwaard en Zegwaard BV* tegen Nederland. In de strafzaken tegen Zegwaard en Zegwaard BV, zo luidt het oordeel van de commissie, is de onschuldpresumptie geschonden, omdat bij de vaststelling van de strafmaat expliciet rekening is gehouden met strafbare feiten waarvoor geen

165 Maakt de wederrechtelijkheid onderdeel uit van de tenlastelegging, dan komt dit in de hoofdzaak reeds bij de eerste vraag van art. 350 Sv aan de orde.

166 Ik ben hierbij niet ingegaan op eventuele complicaties die kunnen ontstaan door het aanwenden van rechtsmiddelen in de hoofdzaak. Ik volsta wat dat betreft met het volgende. Van doorslaggevend betekenis is de onherroepelijkheid van de uitspraak in de hoofdzaak. Voor zover de ontnemingsprocedure reeds in een eerder stadium is afgesloten, bieden art. 511i en 577b lid 2 Sv de voorzieningen voor nadere afstemming. Vgl. in dit verband HR 29 april 1997, JOW 1997, 113, en HR 14 april 1998, NJ 1999, 75, m.nt. Kn, JOW 1998, 56.

veroordeling is uitgesproken.¹⁶⁷ Deze uitspraak wordt door sommige auteurs genoemd als obstakel voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling, in het bijzonder na een vrijspraak.¹⁶⁸ Het Hof Den Bosch heeft een vergelijkbaar standpunt ingenomen: hoewel art. 36e Sr niet in de weg staat aan ontneming van voordeel uit een feit waarvan de verdachte is vrijgesproken, is deze mogelijkheid in zijn algemeenheid onverenigbaar met art. 6 lid 2 EVRM. In het arrest wordt opgemerkt dat het hof zich gesteund voelt door de Zegwaard-uitspraak.¹⁶⁹

195. Alvorens nader in te gaan op de relatie tussen art. 6 lid 2 EVRM en de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling is het van belang de Zegwaard-zaak kort te beschrijven. W. Zegwaard en Zegwaard BV zijn vervolgd wegens acht strafbare feiten die alle in relatie stonden tot het illegaal lozen en storten van afval door Zegwaard BV. Als feitelijk leidinggever zou W. Zegwaard hebben gefungeerd.

In hoger beroep wordt W. Zegwaard veroordeeld wegens één feit, poging tot oplichting. Met betrekking tot de overige feiten wordt ten dele nietigheid van de dagvaarding uitgesproken, ten dele volgt er vrijspraak. Het hof overweegt met betrekking tot de strafmaat onder meer dat er weliswaar maar één feit bewezen is verklaard,

(...) maar feit blijft niettemin dat uit het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep naar voren is gekomen dat in de telastgelegde perioden binnen de Zegwaard-bedrijven tal van strafbare feiten (...) heeft plaatsgevonden. Dat dit kon gebeuren, valt de verdachte – ongeacht het bepaalde in artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht – ten zeerste aan te rekenen en moet, gezien het feit dat hij zich erop voorstond dat bij de Zegwaard-bedrijven alles volgens de regels gebeurde, des te verwerpelijker worden geoordeeld.

Het hof wijst er daarbij op dat op W. Zegwaard formeel en materieel '(...) de uiteindelijke beslissingsmacht en verantwoordelijkheid (...)’ rustte.

Zegwaard BV wordt door het hof wegens vier feiten veroordeeld. Voor de overige feiten volgt ten dele vrijspraak, ten dele wordt de nietigheid van de dagvaarding uitgesproken. In de motivering van de strafmaat wijst het hof er wederom op dat, los van de bewezenverklaarde feiten, bij Zegwaard BV zich tal van andere strafbare feiten hebben voorgedaan. Het cassatieberoep tegen beide veroordelingen wordt door de Hoge Raad afgewezen. Naar zijn oordeel is de

167 ECRM 9 september 1998, NJCM 1999, p. 675-679, m.nt. E. Myjer. Zie voor de ontvankelijkheidsbeslissing: ECRM 3 december 1997, NJCM 1998, p. 194-200, m.nt. E. Myjer. De volledige tekst van beide uitspraken is te vinden op het internet: www.dhcour.coe.fr. Het Comité van Ministers heeft het oordeel van de ECRM overgenomen. Zie interim-resolutie DH (99) 259, d.d. 15 april 1999.

168 Zie noot 126.

169 Hof Den Bosch 27 juli 1999, nr. 20.002393.98 O.W.V. (niet gepubliceerd).

motivering van het hof in beide uitspraken niet onbegrijpelijk gelet op hetgeen ter terechtzitting naar voren is gekomen.¹⁷⁰

De ECRM stelt in haar oordeel voorop dat art. 6 lid 2 EVRM alleen betrekking heeft op 'the proof of guilt' en niet op de strafsoort of de strafmaat. Daaruit volgt dat de rechter rekening mag houden met de persoon van de verdachte en (andere) verzachtende of verzwarende omstandigheden. De onschuldpresumptie wordt evenwel geschonden '(...) if, without the accused having previously been found guilty according to the law, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty (...)'. Voldoende daarvoor is dat de schijn wordt gewekt dat de rechter de verdachte schuldig acht.¹⁷¹ De motivering die het hof heeft gegeven, levert een zodanige schending op. Het verwijst immers naar feiten waarvoor de veroordeelden niet zijn vervolgd, zijn vrijgesproken of ter zake waarvan de dagvaarding nietig is verklaard. Met betrekking tot die feiten is geen adequate verdediging mogelijk geweest, terwijl de rechter de indruk wekt dat zij daar wel schuldig aan zijn.¹⁷²

196. Het oordeel van de ECRM kan ik onderschrijven. Het hof had het in casu wel erg bont gemaakt door de strafmaat mede te baseren op allerlei strafbare feiten die kennelijk ter zitting zijn gebleken, maar in het wettelijk stelsel van art. 348 en 350 Sv geen rol (meer) spelen. Dientengevolge heeft de rechter gehandeld als ware de 'guilt according to law' vastgesteld, terwijl dat niet het geval was. In het licht van art. 6 lid 2 EVRM is voorts een belangrijk bezwaar dat hierdoor het voor de verdachte niet meer duidelijk is waarvan hij wordt beschuldigd en dat hij zich dan ook niet adequaat kan verdedigen.

Deze bezwaren tegen de uitspraak van het hof leveren tevens een beoordelingskader op voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. Wil men op grond van de zaak *W. Zegwaard en Zegwaard BV* kritiek leveren op deze mogelijkheid, dan moet die kritiek betrekking hebben op het afwijken van het wettelijk bewijsstelsel en/of op het zich niet adequaat kunnen verdedigen. Het valt echter op dat de auteurs die op grond van de zaak *W. Zegwaard en Zegwaard*

170 De betreffende arresten zijn, voor zover ik heb kunnen nagaan, niet gepubliceerd. De overwegingen van de Hoge Raad, zoals te kennen uit de uitspraak van het ECRM, sluiten aan bij eerdere jurisprudentie waarin is bepaald dat de rechter bij de vaststelling van de strafmaat rekening mag houden met voor de verdachte bezwarende feiten en omstandigheden, mits de rechter naar die feiten en omstandigheden enig onderzoek doet. Niet vereist is dat de feiten en omstandigheden onderdeel uitmaken van een bewezen verklaarde tenlastelegging. Zie HR 19 maart 1974, NJ 1974, 245, HR 25 november 1980, NJ 1981, 170, HR 17 november 1981, NJ 1983, 84, m.nt. ThWvV, en HR 12 april 1988, NJ 1989, 164. Dat tot die feiten en omstandigheden ook feiten kunnen behoren waarvan de verdachte is vrijgesproken, blijkt uit HR 5 januari 1988, NJ 1988, 761.

171 Zie overweging 41 onder verwijzing naar EHRM 8 juni 1976, Series A vol. 22, NJ 1978, 223 (Engel), overweging 90, en EHRM 25 maart 1983, Series A vol. 62, NJ 1986, 698, m.nt. EAA (Minelli), overweging 37.

172 Zie overwegingen 42-50.

BV kritiek leveren op de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling, dergelijke problemen niet constateren. Eigenlijk geven de betreffende auteurs geen argumenten voor hun kritiek. Volstaan wordt met de stelling dat er gelet op de zaak *W. Zegwaard en Zegwaard BV* strijd, dan wel spanning, bestaat met art. 6 lid 2 EVRM.¹⁷³

De eerder genoemde uitspraak van het Bossche hof blinkt ook niet uit in helderheid.¹⁷⁴ Het kernargument in die uitspraak luidt dat '(...) gelet op de aard en de strekking van het bepaalde bij artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht, met de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel een uitsluitend strafrechtelijke reactie is bedoeld, waarvan de toepassing onverenigbaar moet worden geacht met een vrijspraak.' Waarom die toepassing nu precies onverenigbaar is met een vrijspraak, blijft in het midden.

197. Het ontbreken van een heldere argumentatie bij de betreffende auteurs en het Hof Den Bosch laat zich eenvoudig verklaren. Er is op grond van de zaak *W. Zegwaard en Zegwaard BV* moeilijk kritiek te leveren op de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. Het in die zaak bestaande verdedigingsprobleem doet zich in de ontnemingsprocedure niet (noodzakelijkerwijs) voor. Indien de ontnemingsvordering en het optreden van de officier van justitie en de rechter voldoende duidelijk maken dat ter zitting wordt onderzocht of ter zake van een ten laste gelegd feit waarvoor de betrokkene niet is veroordeeld, een ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd, heeft de betrokkene in principe een adequate verdedigingsmogelijkheid.

Ook voor wat betreft de binding aan het wettelijk bewijsstelsel laat de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling zich niet zonder meer bekritisieren. De Hoge Raad onderbouwt zijn rechtspraak immers juist met de stelling dat de ontnemingsrechter de voor de ontnemingsprocedure geldende bewijsvoorschriften (art. 36e leden 2 en 3 Sr en art. 511f Sv) in acht moet nemen. Men kan de Hoge Raad derhalve niet tegenwerpen dat vaststellingen in de ontnemingsprocedure niet *according to the law* zouden hoeven te geschieden. De conclusie moet dan ook zijn dat de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling op grond van de uitspraak van de ECRM in de zaak *W. Zegwaard en Zegwaard BV* niet op bezwaren stuit. De vraag laat zich echter stellen of uit andere Straatsburgse uitspraken wel belemmeringen voortvloeien.

173 Zie Mols 1999, p. 127, A.A. Franken & Jurgens 1999, p. 923-924, en Doorenbos 2000a, p. 511.

174 Zie noot 169.

4.5 *De schadevergoedingsjurisprudentie van het EHRM*

4.5.1 *Inleiding*

198. De mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling wordt gekenmerkt door het *tweemaal* beoordelen van eenzelfde feit, eerst in de hoofdzaak en vervolgens in de ontnemingsprocedure. Dit stramien vertoont gelijkenis met de situatie waarin een gewezen verdachte vanwege het niet zijn veroordeeld schadevergoeding eist van de staat. In deze situatie zou de rechter in de procedure van art. 89, 591 of 591a Sv dan wel een civielrechtelijke procedure aanleiding kunnen zien zijn oordeel (mede) te baseren op de uitkomst in de strafzaak. Alsdan vindt er een tweede beoordeling plaats met betrekking tot hetzelfde feit. In de rechtspraak van het EHRM zijn op grond van art. 6 lid 2 EVRM criteria ontwikkeld met betrekking tot deze tweede beoordeling. In deze paragraaf onderzoek ik in hoeverre deze criteria van belang zijn voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling.

De hierna te bespreken rechtspraak van het EHRM laat zich in twee groepen onderverdelen.¹⁷⁵ Allereerst gaat het om gevallen waarin de strafzaak eindigt zonder dat er een beslissing wordt genomen over 'the merits of the accusation', bijvoorbeeld omdat de zaak is geseponeerd. Voorts betreft het zaken waarin er wel sprake is van een rechterlijke beoordeling van de beschuldiging, maar waar de rechter 'a formal acquittal' uitsprekt. Beide groepen zijn in beginsel van belang voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. De eerste groep uitspraken voor de situatie waarin een bepaald feit in de hoofdzaak leidt tot een formele uitspraak in de zin van art. 348 Sv, de tweede groep uitspraken voor gevallen waarin de betrokkene tengevolge van een materieel beletsel niet is veroordeeld wegens het begaan van een ten laste gelegd feit (vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning).

4.5.2 *Schadevergoeding na niet-veroordeling op formele gronden*

199. Een rechterlijke uitspraak waarbij enigerlei vorm van schadevergoeding wordt afgewezen, nadat de strafzaak zonder inhoudelijke beoordeling van de aanklacht is geëindigd, kan onder omstandigheden in strijd zijn met art. 6 lid 2 EVRM. Dat is het geval indien:

175 Zie voor een overzicht van deze rechtspraak Frowein & Peukert 1996, p. 288-291, Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 462-463, en Tophinke 2000, p. 406-423. Daaraan is nog toe te voegen: EHRM 25 januari 2000, nr. 32602/96 (Gebroeders Van Leeuwen) en EHRM 21 maart 2000, nr. 28389/95, NJB 2000, p. 1110, nr. 21 (Rushiti).

(...) supporting reasoning (...) amounts in substance to a determination of the guilt of the former accused without his having previously been proved guilty according to law and, in particular, without his having had an opportunity to exercise the rights of the defence (...).¹⁷⁶

Bij de beoordeling of de motivering van de afwijzing van schadevergoeding expliciet of impliciet geen vaststelling van schuld inhoudt, is het EHRM coulant. Het is toegestaan dat de nationale rechter verwijst naar het feit dat er nog steeds verdenkingen tegen de (gewezen) verdachte bestaan. Het hof legt de uitspraken van de nationale rechter daarbij vaak welwillend uit.¹⁷⁷ Illustratief is de Nederlandse zaak *Leutscher*, waarin de strafzaak in eerste aanleg heeft geleid tot een veroordeling maar het hoger beroep eindigt in een niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie wegens overschrijding van de redelijke termijn. Het verzoek om schadevergoeding door *Leutscher* wordt afgewezen met de overweging dat er geen reden voor twijfel bestaat dat de veroordeling in eerste aanleg niet correct zou zijn. Het EHRM stelt dat in deze overweging besloten ligt dat de rechter in de schadevergoedingsprocedure slechts rekening hield met '(...) the suspicion which still weighed against the applicant (...)'.¹⁷⁸

200. Van deze schadevergoedingszaken moet worden onderscheiden de zaak *Minelli*.¹⁷⁹ Deze (Zwitserse) strafzaak tegen de journalist *Minelli* was geëindigd zonder inhoudelijke beoordeling van de beschuldiging wegens belediging

176 EHRM 26 maart 1996, RJD 1996-II, nr. 6, p. 427-425, NJCM 1996, p. 584-589, m.nt. EM (*Leutscher*), overweging 29. Zie voorts EHRM 25 augustus 1987, Series A vol. 123-A, NJ 1988, 938, m.nt. EAA (*Lutz*), overweging 60, EHRM 25 augustus 1987, Series A vol. 123-B (*Englert*), overweging 37, en EHRM 25 augustus 1987, Series A vol. 123-C (*Nölkenbockhoff*), overweging 37. De geciteerde overweging treft men eerder aan in de hierna nog te bespreken zaak *Minelli* (EHRM 25 maart 1983, Series A vol. 62, NJ 1986, 698, m.nt. EAA), overweging 37, doch dan in relatie tot een strafrechtelijke proceskostenveroordeling, en voorts in de zaak *Allenet de Ribemont* (EHRM 10 februari 1995, Series A vol. 308, NJ 1997, 523, m.nt. EJD), overweging 35. Uit de zaak *Gebroeders Van Leeuwen* volgt dat in het geval de verdachte heeft bekend, de rechter een verzoek om schadevergoeding reeds op die grond mag afwijzen.

177 Dit hangt mede samen met het feit dat het EHRM bij zijn beoordeling ook de uitspraken van de hoogste nationale rechters betreft. In een aantal gevallen komt in die uitspraken tot uitdrukking dat het oordeel in de schadevergoedingsprocedures niet strekt tot de vaststelling van schuld. Zie bijvoorbeeld EHRM 24 februari 1982, Series A vol. 49 (*Adolf*), overweging 40, en, minder expliciet, overwegingen 18 en 62 in de zaak *Lutz*, alsmede overwegingen 22 en 39 in de zaak *Nölkenbockhoff*. Zie over deze 'Gesamtwürdigung' Westerdiek 1987, p. 396, en, kritisch, Tophinke 2000, p. 415. Deze toetsingswijze sluit aan bij de wijze waarop het hof toetst of een bepaalde procedure 'fair' is. Uitgangspunt daarvoor wordt gevormd door de 'proceedings as a whole'. Zie bijvoorbeeld EHRM 6 december 1988, Series A vol. 146 (*Barberà, Messegué en Jabardo*), overweging 68.

178 Overweging 31. Vgl. ook overweging 62 in de zaak *Lutz*, overweging 39 in de zaak *Englert* en overweging 39 in de zaak *Nölkenbockhoff*, waarin het EHRM tot uitdrukking brengt dat het enkele feit dat de motivering 'ambiguous and unsatisfactory' is, onvoldoende is voor het aannemen van een schending van art. 6 lid 2 EVRM. Zie hierover nader Westerdiek 1987, p. 396-397, en, kritisch, Frowein & Peukert 1996, p. 289-290, alsmede Tophinke 2000, p. 414-415, 420-421.

179 EHRM 25 maart 1983, Series A vol. 62, NJ 1986, 698, m.nt. EAA.

tengevolge van verjaring. Niettemin wordt hij veroordeeld tot tweederde van de onderzoeks- en proceskosten. De motivering daarvoor luidt – kort gezegd – dat indien de verjaring niet zou zijn ingetreden, een veroordeling zeer waarschijnlijk was geweest, mede gelet op de veroordeling van een andere journalist in een aanverwante zaak. Hiermee beschouwt de Zwitserse rechter naar het oordeel van het EHRM de beschuldiging als zijnde bewezen, terwijl Minelli, onder andere vanwege die verwijzing naar die veroordeling, zijn verdedigingsrechten niet adequaat heeft kunnen uitoefenen.¹⁸⁰ Derhalve is art. 6 lid 2 EVRM geschonden. In de schadevergoedingsuitspraken onderscheidt het EHRM de zaak *Minelli* van de gevallen waarin geen schadevergoeding is toegekend. Het hof wijst daarbij op het volgende:

Moreover, the refusal to order [schadevergoeding] does not amount *a penalty or a measure that can be equated with a penalty*. In this respect too, the instant case very clearly differs from the *Minelli* case (...). The Swiss courts had directed that Mr. Minelli should bear part of the costs of their expenses (...), thus treating him as guilty. Nothing comparable occurred in the instant case (...). The German courts (...) did not impose any sanction on him but merely refused to order that his necessary costs and expenses should be paid out of public funds.¹⁸¹

Hieruit blijkt dat een motivering waarin een veroordeling ‘zeer waarschijnlijk’ wordt geacht indien de beschuldiging ten gronde zou zijn behandeld, bij het afwijzen van schadevergoeding kan worden gebillijkt,¹⁸² terwijl een dergelijke motivering problematisch is bij het opleggen van ‘a penalty or a measure that can be equated with a penalty’¹⁸³ bij een niet-veroordeling wegens een formeel beletsel.

201. Het is niet eenvoudig om op grond van deze jurisprudentie uitspraken te doen over de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. Het afwijzen van schadevergoeding is immers een geheel andere kwestie dan het opleggen van een ontnemingsmaatregel. De zaak *Minelli* fungeert echter als ‘schakelbepaling’. Uit deze zaak – of eigenlijk: de wijze waarop het EHRM in latere uitspraken de betekenis van deze zaak nader heeft bepaald – blijkt immers dat bij de oplegging

180 Overweging 38.

181 Overweging 63 in de zaak *Lutz* (cursivering toegevoegd). Zie ook overweging 40 in de zaak *Englert* en overweging 40 in de zaak *Nölkenbockhoff*. Uit deze overweging zou de indruk kunnen ontstaan dat art. 6 lid 2 EVRM in het geheel geen betekenis heeft voor de motivering van de afwijzing van schadevergoeding, maar dat is niet het geval. Zie met name overweging 29 in de zaak *Leutscher*. Vgl. Westerdiek 1987, p. 398, en Tophinke 2000, p. 416-417, 419 (noot 260).

182 Zie de zaak *Nölkenbockhoff*, overweging 39.

183 In het licht van de zaak *Welch* (besproken in nr. 132) wekt deze formulering van het EHRM enige verbazing. De autonome interpretatie van het begrip ‘penalty’ leidt ertoe dat ‘measures that can be equated with a penalty’ geen te onderscheiden categorie vormen, maar juist als ‘penalty’ gelden.

van een 'penalty' (waaronder ook: 'a measure that can be equated with a penalty') eenzelfde norm geldt als bij het afwijzen van een schadevergoedingsverzoek nadat de strafzaak zonder inhoudelijke beoordeling van de beschuldiging is geëindigd. De toetsing aan die norm is strenger bij de oplegging van een 'penalty'. Nu de ontnemingsmaatregel als 'penalty' geldt (zie nr. 133), kan men aan de hand van deze norm de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling wegens een formeel beletsel nader beoordelen.

Op grond van de norm uit de zaak *Minelli* zou men kunnen aannemen dat het opleggen van een ontnemingsmaatregel, nadat zich in de hoofdzaak een formeel beletsel heeft voorgedaan, niet mogelijk is indien daartoe het daderschap¹⁸⁴ van de betrokkene wordt vastgesteld 'without his having been proved guilty according to law and, in particular, without his having had an opportunity to exercise the rights of the defence'. Daarmee zijn tegelijkertijd de voorwaarden gegeven waaronder de oplegging van een ontnemingsmaatregel wel mogelijk is: het in acht nemen van de wettelijke bewijsvoorschriften en het respecteren van de verdedigingsrechten.¹⁸⁵ Zodoende wordt immers voorkomen dat de rechter in de ontnemingsprocedure gaat *speculeren* wat de uitkomst in de hoofdzaak zou zijn geweest indien het formele beletsel zich niet had voorgedaan. Deze voorwaarden zijn in de ontnemingsprocedure te realiseren. Immers, de rechter moet in de ontnemingsprocedure op grond van de wettelijke voorschriften vaststellen of de betrokkene een soortgelijk of niet-soortgelijk feit heeft begaan (art. 36 lid 2 Sr), dan wel uit andere feiten wederrechtelijk voordeel heeft verkregen (art. 36e lid 3 Sr).¹⁸⁶ Met betrekking tot die vaststelling moet de betrokkene in staat worden gesteld zich adequaat te verdedigen. Daartoe is in elk geval vereist dat het voor de betrokkene duidelijk is (of wordt gemaakt) welke feiten onderdeel uitmaken van de ontnemingsvordering.¹⁸⁷ Voor zover in het concrete geval aan die voorwaarden is voldaan, is de oplegging van een ontnemingsmaatregel na niet-veroordeling wegens een formeel beletsel niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM.

4.5.3 Schadevergoeding na niet-veroordeling op inhoudelijke gronden

202. De afwijzing van een verzoek om schadevergoeding in gevallen waarin de verdachte (onherroepelijk) is vrijgesproken, wordt door het EVRM niet op dezelfde

184 Het begrip 'guilt' omvat zowel daderschap als schuld in de zin van verwijtbaarheid. Zie nader nr. 386.

185 Deze normen vloeien ook voort uit de hiervoor besproken zaak *Zegwaard en Zegwaard BV*. Zie nr. 196 en 197.

186 De strekking van 'according to law' is ruimer dan uitsluitend het in acht nemen van nationaal-wettelijke bewijsvoorschriften. Het begrip 'law' verwijst namelijk tevens naar de 'rule of law'. Zie de zaak *Salabiaku*, nader te bespreken in nr. 384.

187 Zie nader omtrent de mogelijkheid van een adequate verdediging in de ontnemingsprocedure nr. 400-402 en 417-420.

wijze behandeld als de hiervoor besproken gevallen waarin de strafzaak op formele gronden eindigt. In de zaak *Sekinina* wordt na een vrijspraak een verzoek om schadevergoeding wegens de ondergane voorlopige hechtenis door de nationale rechter afgewezen.¹⁸⁸ De rechter baseert zijn oordeel in hoofdzaak op het procesdossier, waaronder een verslag van de beraadslagingen van de jury. Uit de stemverhouding wordt afgeleid dat de jury Sekanina vrij heeft gesproken om hem het voordeel van de twijfel te geven, en voorts wordt vastgesteld dat niet alle verdenkingen jegens hem zijn verdwenen.¹⁸⁹ Deze motivering komt naar het oordeel van het EHRM in strijd met art. 6 lid 2 EVRM.¹⁹⁰ Het hof stelt daartoe vast dat de motivering twijfel zaait over de onschuld van Sekanina en over de juistheid van zijn vrijspraak:

Despite the fact that there had been a final decision acquitting Mr Sekanina, the courts which had to rule on the claim for compensation undertook an assessment of the applicant's guilt on the basis of the contents of the Asize Court file. The voicing of suspicions regarding an accused's innocence is conceivable as long as the conclusion of criminal proceedings has not resulted in a decision on the merits of the accusation. However, it is no longer admissible to rely on such suspicions once an acquittal has become final.¹⁹¹

Een niet onbelangrijk detail daarbij is dat het EHRM van oordeel is dat de veronderstelling van de schadevergoedingsrechter – de hernieuwde beoordeling van de *guilt* – geen steun vindt in de beraadslagingen van de jury.¹⁹²

Dit detail deed zich niet voor in de zaak *Rushiti*.¹⁹³ De motivering van de afwijzing van het verzoek om schadevergoeding na vrijspraak beperkte zich tot de vaststelling dat één jurylid voldoende bewijs voor een veroordeling aanwezig achtte, terwijl de overige juryleden het voorhanden zijnde bewijs onvoldoende vonden. De nationale rechter voegt daaraan toe dat uit deze vaststelling geenszins kan volgen dat elke verdenking is verdwenen of de onschuld van Rushiti min of meer waarschijnlijk is. Deze motivering kan naar het oordeel van het EHRM niet door de beugel. Het hof verwijst naar zijn oordeel in de zaak *Sekanina*, en verfiijnt dat als volgt:

188 EHRM 25 augustus 1993, Series A vol. 266-A, NJ 1994, 1, m.nt. Kn.

189 Deze motivering is mede ingegeven door het nationale (Oostenrijkse) recht, dat schadevergoeding alleen toestaat indien alle verdenkingen ten aanzien van de gewezen verdachte zijn weggenomen. Zie overweging 16.

190 Uit het aannemen van de schending vloeit overigens niet alsnog een recht op schadevergoeding voort. Art. 6 lid 2 EVRM voorziet niet in een dergelijke plicht. Zie overweging 25 (met nadere verwijzingen) in verbinding met overweging 35.

191 Overweging 30.

192 Overweging 30. Dit blijkt ook uit overweging 29 in de zo dadelijk te bespreken zaak *Rushiti*.

193 EHRM 21 maart 2000, nr. 28389/95, NJB 2000, p. 1110, nr. 21.

The Court, thus, considers that once an acquittal has become final – be it an acquittal giving the accused the benefit of the doubt in accordance with Article 6 § 2 – the voicing of any suspicions of guilt, *including those expressed in the reasons for the acquittal*, is incompatible with the presumption of innocence.¹⁹⁴

Dientengevolge mag de rechter die oordeelt over het verzoek om schadevergoeding, zijn uitspraak niet zodanig motiveren dat daarmee de uitkomst van de strafzaak in twijfel wordt getrokken, ook niet als de uitspraak in de strafzaak daarvoor aanknopingspunten biedt.¹⁹⁵ Anders dan in het geval waarin de strafzaak zonder inhoudelijke beoordeling van de beschuldiging is geëindigd, mag de rechter in zijn motivering niet wijzen op een nog steeds bestaande verdenking.¹⁹⁶

203. Teneinde de betekenis van de overwegingen in de zaken *Sekinina* en *Rushiti* te kunnen bepalen voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling op gronden die inhoudelijk de beschuldiging raken, is enige nadere analyse van de uitspraken in die zaken vereist. Knigge heeft in zijn noot onder de zaak *Sekanina* opgemerkt dat het EHRM zijn oordeel in deze zaak in wezen baseert op het gezag van het rechterlijk gewijsde.¹⁹⁷ Hij stelt:

Het gaat daarbij mijns inziens (...) niet om een opdracht tot geschiedvervalsing, maar om het recht voortaan als vrij man behandeld te worden. De verdenking mag de gewezen verdachte niet langer tegengeworpen worden. De belangrijkste consequentie daarvan is, dat hij niet opnieuw voor hetzelfde feit mag worden vervolgd.

Knigge wijst er vervolgens op dat het EHRM hiermee niet het ne bis in idem-beginsel in volle omvang kan hebben aanvaard. Dat beginsel ligt immers niet besloten in art. 6 EVRM.¹⁹⁸ Het hof beperkt het gezag van het gewijsde 'misschien'

194 Overweging 31 (cursivering toegevoegd).

195 Op grond van de zaak *Sekanina* werd het nog wel mogelijk geacht dat de motivering van de vrijspraak aanknopingspunten zou bieden voor het afwijzen van een schadevergoedingsverzoek. Zie de noot van Myer in NJCM 1994, p. 134-139, op p. 139. Vgl. in die zin ook de noot van Knigge, NJ 1994, 1: 'Voor zover er twijfel aan de onschuld is blijven bestaan, moet die twijfel, wil hij tegen de gewezen verdachte gebruikt kunnen worden, op het gewijsde gebaseerd zijn.'

196 Indien de rechter wil verwijzen naar het bestaan van verdenkingen moet hij zich beperken tot het oordeel of in het verleden, bijvoorbeeld ten tijde van de voorlopige hechtenis, een verdenking heeft kunnen bestaan. Zie in dit verband de uitspraken van de ECRM die zijn gewezen na het oordeel van het EHRM in de zaak *Sekanina*: ECRM 16 oktober 1996, nr. 22613/93 (Moody), ECRM 16 oktober 1996, nr. 22614/93 (Lochrie), ECRM 1 juli 1998, nr. 34973/97 (Hammerstein) en ECRM 26 januari 1999, nr. 38087/79 (Hibbert).

197 NJ 1994, 1. Een dergelijk verband wordt ook gelegd door Van den Berg & Rozemond 1992, p. 61, en Van den Berg & Rozemond 1993, p. 27-28.

198 Het beginsel is wel neergelegd in art. 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM. Zie daarover Krabbe & Van Hattum 2000. Dit protocol is (nog) niet door Nederland geratificeerd.

tot het proces waarin de verdachte is vrijgesproken. Daardoor zou, zo stelt Knigge, het gezag van het gewijsde binden '(...) in procedures die in feite een onderdeel vormen van het proces dat tot vrijspraak (...) leidt'.¹⁹⁹

Deze uitleg van Knigge snijdt naar mijn mening hout. Immers, de uitspraken in de zaken *Sekanina* en *Rushiti* laten zich niet enkel verklaren doordat in de schadevergoedingsprocedure de vaststelling van de 'guilt' niet 'according to law' en met in acht neming van 'the rights of the defence' zou geschieden.²⁰⁰ Het EHRM verwijst bij de beoordeling van de door nationale rechter gegeven motiveringen in die zaken niet expliciet naar deze voorwaarden.²⁰¹ Het hof lijkt de grens reeds in een eerder stadium te trekken: de rechter mag zich na een vrijspraak niet meer uitlaten over 'any suspicions of guilt', laat staan de 'guilt' nogmaals vaststellen ook al zou hij de wettelijke bewijsvoorschriften en de rechten van de verdediging in acht nemen.

204. Indien nu op grond van deze uitspraken de vrijspraak in een schadevergoedingsprocedure moet worden gerespecteerd, zou men ook kunnen stellen dat hetzelfde geldt voor de ontnemingsprocedure als sequeel van de vervolging in de hoofdzaak. Dat betekent dat indien een ten laste gelegd feit op inhoudelijke gronden niet tot veroordeling leidt, in de ontnemingsprocedure de rechter geen vaststellingen mag doen omtrent het begaan zijn van dat feit teneinde ter zake daarvan een ontnemingsmaatregel te kunnen opleggen.²⁰² Let wel, ik beweer niet dat uit de zaken *Sekanina* en *Rushiti* met zoveel woorden volgt dat ontneming na niet-veroordeling op inhoudelijke gronden in strijd komt met art. 6 lid 2 EVRM.²⁰³ De betreffende zaken bieden echter wel voldoende aanknopingspunten voor die

199 Het afbakeningscriterium daarvoor zou mijns inziens kunnen worden gevonden in de overwegingen van het EHRM met betrekking tot de toepasselijkheid van art. 6 lid 2 EVRM op de schadevergoedingsprocedure. Het moet gaan om een beslissing die moet kunnen gelden '(...) as a consequence and, to some extent, the concomitant of the decision (...) in de strafzaak. Zie overweging 22 in de zaak *Sekanina* en overweging 26 in de zaak *Rushiti*.

200 Zie voor een andere opvatting Mevis in: Melai c.s. (losbl.), aant. 10 op art. 90 (suppl. 90), die mijns inziens overigens uitgaat van een onjuiste interpretatie van het in de zaak *Sekanina* geldende Oostenrijkse recht (zoals weergegeven in overweging 14 van het EHRM).

201 Hierdoor staan deze zaken los van de zaak *Minelli*, waar deze criteria centraal staan. Gemeenschappelijk is wel de oorsprong van de verschillende criteria. Die ligt in het algemene doel van onschuldpresumptie, te weten: de bescherming van '(...) the accused against any judicial decision or other statement by State officials amounting an assessment of the applicant's guilt without him having previously been proved guilty according to law (...)'. Zie de zaak *Rushiti*, overweging 31.

202 Ter volledigheid: onder 'acquittal' dient mijns inziens ook een ontslag van alle rechtsvervolgung te worden begrepen. Ik zie geen reden voor een beperking tot een vrijspraak in de strikte zin van art. 352 lid 1 Sv.

203 Zo acht ik het niet ondenkbaar dat indien het nationale recht zou voorzien in een expliciete mogelijkheid van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel enkel in het geval dat de veroordeling niet kan worden uitgesproken wegens het ontbreken van de verwijtbaarheid, er geen strijd zou bestaan met art. 6 lid 2 EVRM. Op die manier wordt immers voorkomen dat een rechter tweemaal moet oordelen over het betreffende strafbare feit.

conclusie. Zodoende vloeit uit art. 6 lid 2 EVRM dezelfde beperking voort voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling als uit art. 68 lid 1 Sr (zie nr. 186).

4.6 Conclusie

205. In deze paragraaf heb ik onderzocht in hoeverre ontneming na niet-veroordeling mogelijk is. Anders dan de Hoge Raad kom ik tot het oordeel dat, voor wat betreft formele beletselen, deze mogelijkheid niet bestaat met betrekking tot strafbare feiten waarvoor het Openbaar Ministerie in de hoofdzaak niet-ontvankelijk in zijn vervolging wordt verklaard. Waar het gaat om materiële beletselen laat naar mijn mening art. 68 lid 1 Sr ontneming na niet-veroordeling niet toe. Omdat de interpretatie van art. 68 lid 1 Sr in deze context niet onproblematisch is en mijn opvatting afwijkt van die van de Hoge Raad, heb ik, los van art. 68 lid 1 Sr, onderzocht in hoeverre materiële beletselen in de hoofdzaak van invloed zijn op het oordeel in de ontnemingsprocedure. In de volgende gevallen staat een materieel beletsel daaraan niet in de weg: een 'technische' fout in de tenlastelegging, het niet van toepassing zijn van een regel van bewijskracht, terwijl enkel dat in het concrete geval van doorslaggevend belang is voor de vaststelling van het feit, het ontbreken van de verwijtbaarheid, en, voor wat betreft art. 36e lid 3 Sr, het begaan zijn van het feit door een ander, terwijl aan de betrokkene wel het wederrechtelijk voordeel is toegekomen. De daarop volgende analyse van de rechtspraak van het EHRM in schadevergoedingszaken laat echter zien dat de oplegging van de ontnemingsmaatregel in dergelijke gevallen, tengevolge van de herhaalde beoordeling van het feit, in strijd met art. 6 lid 2 EVRM kan worden geacht.

5 De tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel na het overlijden van de betrokkene

5.1 Inleiding

206. Art. 75 Sr bepaalt dat door het overlijden van een veroordeelde het recht tot tenuitvoerlegging van de opgelegde straf of maatregel vervalt. De ontnemingswetgeving heeft hierop één uitzondering aangebracht: de tenuitvoerlegging van een onherroepelijk opgelegde ontnemingsmaatregel. Komt de betrokkene te overlijden tijdens de ontnemingsprocedure, dan vervalt het recht van het Openbaar Ministerie tot strafvordering en moet het niet-ontvankelijk worden verklaard.²⁰⁴

204 HR 17 juni 1997, DD 97.303.

De uitzondering op de hoofdregel van art. 75 Sr berust volgens de minister op het maatregelkarakter van de ontnemingsmaatregel. Anders dan bij de geldboete gaat het, zo stelt hij, niet om leedtoevoeging. Dientengevolge kan een (onherroepelijk opgelegde) ontnemingsmaatregel ten uitvoer worden gelegd op de nalatenschap van de betrokkene. De nabestaanden hebben vervolgens de mogelijkheid om op grond van art. 577b lid 2 Sv vermindering of kwijtschelding van de betalingsverplichting te vragen.²⁰⁵ Dit duidt erop dat er zich omstandigheden kunnen voordoen waarin de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel onbillijk uitwerkt ten opzichte van de erfgenamen. Welke die omstandigheden zijn, vermeldt de wetsgeschiedenis niet. Een nadere beschouwing van de ratio en de consequenties van het recht de ontnemingsmaatregel op de nalatenschap ten uitvoer te leggen, kan daar meer duidelijkheid in scheppen. Daarna sta ik, naar aanleiding van enkele Straatsburgse uitspraken, stil bij de vraag hoe deze tenuitvoerlegging van een strafrechtelijke sanctie onder de erfgenamen zich verhoudt met art. 6 lid 2 EVRM.

5.2 De erfgenamen en het rechtsherstel

207. Het maken van een uitzondering op de hoofdregel van art. 75 Sr is geen noviteit. Andere uitzonderingen, die reeds langer van kracht zijn, komt men tegen in de WED. Zo bepaalt art. 13 lid 1 WED dat het recht tot tenuitvoerlegging van verbeurdverklaring niet vervalt door de dood van de veroordeelde. Art. 16 lid 1 sub a WED biedt zelfs de mogelijkheid tot verbeurdverklaring van reeds in beslag genomen voorwerpen en vorderingen indien de verdachte overlijdt voordat er een onherroepelijke uitspraak is gedaan.²⁰⁶ Eén van argumenten daarvoor is dat de voordelen die door het delict zijn behaald en die voorwerp van verbeurdverklaring zijn, niet aan de erfgenamen ten goede behoren te komen.²⁰⁷

Vermeldenswaardig is voorts dat de WED oorspronkelijk niet voorzag in het verval van het recht tot tenuitvoerlegging van een ontnemingsmaatregel vanwege het overlijden van de (onherroepelijk) veroordeelde (vgl. art. 13 lid 2 WED (oud)). Dit hing samen met het feit dat art. 75 Sr toentertijd alleen betrekking had op straffen en niet op maatregelen.²⁰⁸ Met de Wet vermogenssancties is de reikwijdte van art. 75 Sr uitgebreid tot de maatregelen. De motivering, door de wetgever overgenomen van de Commissie Vermogensstraffen, is weinig zeggend: het gaat om de opvulling van een leemte die '(...) meer van theoretisch dan van praktisch belang is (...)'.²⁰⁹ Opmerkelijk is wel dat tot 1 maart 1993 (de hoofdregel

205 Memorie van Toelichting, p. 9-10.

206 Zie ook de uitzonderingen genoemd in art. 13 lid 2, en art. 16 lid 1 sub b WED. Vgl. over deze bepalingen Keulen 1995, p. 181-184.

207 Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 18, 20.

208 Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 19.

209 Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nr. 3, p. 50.

van) art. 75 Sr voor de ontnemingsmaatregel heeft gegolden, ook voor wat betreft het economische strafrecht. Het recht tot tenuitvoerlegging van een ontnemingsmaatregel na het overlijden van de veroordeelde heeft, zo bezien, een wat zwalkend bestaan geleid.

208. Het onderscheid tussen een ontnemingsmaatregel en bijvoorbeeld een geldboete is in beginsel relevant voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel van art. 75 Sr. Een geldboete dient geen ander doel dan de bestraffing van de dader. Die bestraffing bestaat eruit dat de veroordeelde ondervindt dat *zijn* vermogen tengevolge van het door hem begane strafbare feit wordt beknot. Na het overlijden van de veroordeelde kan de geldboete deze functie eenvoudig niet meer vervullen.

Bij de ontnemingmaatregel gaat het er primair om dat aan de betrokkene wordt ontnomen wat hem, gelet op de misdadige oorsprong daarvan, niet toekomt. Komt hij te overlijden, dan kan nog steeds het rechtsherstel plaatsvinden, zij het met de overweging dat het (eveneens) onwenselijk is dat de erfgenamen van de betrokkene over dat wederrechtelijk verkregen voordeel komen te beschikken.²¹⁰ Hiermee is in beginsel de rechtvaardiging voor de uitzondering op de hoofdregel van art. 75 Sr gegeven. Maar daarmee is nog niet alles gezegd. Allereerst moeten de erfrechtelijke consequenties van het overlijden van de veroordeelde in relatie tot het recht tot tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel nader worden geschetst. Verder rijst de vraag of de vervangende hechtenis tegen de erfgenamen kan worden aangewend.

209. Het is van belang om kort de drie verschillende wijzen aan te geven waarop een erfgenaam na het overlijden van de erflater kan handelen ten opzichte van de erfenis.²¹¹ Ik ga er gemakshalve van uit dat er sprake is van één erfgenaam. Deze erfgenaam kan allereerst de erfenis *zuiver aanvaarden*. De consequentie hiervan is dat hij alle goederen verkrijgt maar ook alle schulden van de erflater. Hij neemt de gehele vermogensrechtelijke positie van de erflater over (een zogenaamde verkrijging onder algemene titel).

Men kan zich voorstellen dat een erfgenaam een nalatenschap die uit meer passiva dan activa bestaat, niet zonder meer wenst te aanvaarden. Teneinde te weten wat men al dan niet aanvaardt, komt een erfgenaam het recht van beraad en, desgewenst, het voorrecht van boedelbeschrijving toe. Door deze beschrijving weet men waaruit de nalatenschap bestaat. Het opstellen van deze beschrijving

210 Vgl. ook Keijser-Ringnalda 1994, p. 44.

211 Het navolgende is een summier beschrijving van enkele erfrechtelijke themata. Zie uitgebreid Van Mourik 1997, p. 217-223, en Pitlo-Van der Burght 1997, p. 279-320. In het nieuwe erfrecht, dat waarschijnlijk medio 2001 in werking treedt, is het in de hoofdtekst beschrevene niet wezenlijk anders. Zie nader Van Mourik 2000, p. 172-176.

is gekoppeld aan de *beneficiaire aanvaarding*. Deze wijze van aanvaarding leidt er onder meer toe dat de erfgenaam niet meer schulden van de erflater hoeft te betalen dan het beloop van de waarde van de goederen van de nalatenschap. Het 'worst case'-scenario voor de erfgenaam is alsdan dat hij niets verkrijgt uit de nalatenschap.

Indien de erfgenaam zich geheel wil ontdoen van de erfenis, heeft hij als derde optie het *verwerpen* van de nalatenschap. Is er dientengevolge geen enkele erfgenaam meer, dan gaan de goederen van de nalatenschap over naar de staat. De staat draait niet op voor de schulden van de erflater voor zover deze niet uit die goederen kunnen worden voldaan. Zowel de *beneficiaire aanvaarding* als het *verwerpen* van een nalatenschap komen in de praktijk relatief weinig voor. In het algemeen wordt zulks beschouwd als een weinig respectvolle wijze van handelen jegens de overledene.²¹² Daarnaast brengt *beneficiaire aanvaarding* enige kosten met zich mee.

210. Het verhalen van een ontnemingsmaatregel op een nalatenschap is dus voor de erfgenaam nadelig indien hij de nalatenschap zuiver heeft aanvaard en het bedrag van de ontnemingsmaatregel het bedrag van de waarde van de goederen van de nalatenschap minus de overige daarop rustende schulden overstijgt.²¹³ In dat geval komt de erfgenaam in een nadeliger positie te verkeren dan indien hij de erfenis niet had aanvaard. Men kan nu stellen dat dit een normale, dat wil zeggen: voor elke schuld geldende, erfrechtelijke consequentie is van het zuiver aanvaarden van een nalatenschap. Toch is daar niet alles mee gezegd.

Bedacht moet worden dat de zuivere aanvaarding van een nalatenschap kan geschieden zonder dat de erfgenaam op de hoogte is van de activa en de passiva van de nalatenschap. Die aanvaarding hoeft niet uitdrukkelijk te geschieden, maar kan ook stilzwijgend plaatsvinden.²¹⁴ Dientengevolge kan de erfgenaam zich geconfronteerd zien met de verplichting om een ontnemingsmaatregel te voldoen zonder dat hij zich bewust was van het feit dat die maatregel onderdeel uitmaakt van de nalatenschap. De vraag is vervolgens of het nog met de ratio van de ontnemingsmaatregel strookt dat de erfgenaam de ontnemingsmaatregel uit zijn

212 Zie Pitlo-Van der Burght 1997, p. 282.

213 Voor zover die overige schulden reeds de waarde van de goederen overstijgen, kan men er over twisten welke schulden nu eigenlijk uit de waarde van die goederen zouden moeten worden voldaan. Ik laat deze vraag verder rusten, maar volsta met de opmerking dat, hoewel zulks nergens is bepaald, de ontnemingsmaatregel als achtergestelde schuld zou moeten gelden. De ontnemingsmaatregel is immers niet gericht op de vergoeding van nadeel, maar op het wegnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel. Dientengevolge moet mijns inziens voorrang aan andere crediteuren worden gegeven. Zie in dit verband ook Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nr. 3, p. 31, Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 186-187, en Borgers & Van der Landen 1997, p. 114. Kritisch daarover Keulen 1999, p. 177, 196-197.

214 Zie Pitlo-Van der Burght 1997, p. 308-310.

eigen vermogen geheel of ten dele moet voldoen.²¹⁵ Ik zou menen van niet. De ontnemingsmaatregel beoogt degene die een strafbaar feit begaat of, voor wat betreft lid 3, een ernstig strafbaar feit begaat en bij andere feiten is betrokken, het daardoor genoten voordeel te ontnemen. Het overgaan van dit voordeel naar een erfgenaam kan op zichzelf als ongerechtvaardigd gelden, maar er is mijns inziens geen reden om te mogen eisen dat de erfgenaam zijn eigen vermogen moet opofferen ter voldoening van een aan de erflater opgelegde ontnemingsmaatregel.

In een dergelijke geval is de rechter naar mijn mening gehouden, teneinde de ratio van de ontnemingsmaatregel recht te doen, gebruik te maken van zijn bevoegdheid ex art. 577b lid 2 Sv om (het restant van) de betalingsverplichting kwijt te schelden, dan wel te matigen tot het bedrag dat wel nog uit de nalatenschap kan worden voldaan.²¹⁶

211. Uit art. 75 Sr zou men wellicht nog kunnen afleiden dat toepassing van de vervangende hechtenis ook mogelijk is jegens de erfgenaam. Dat lijkt mij echter niet verdedigbaar. De vervangende hechtenis is, zoals in hoofdstuk 9 nader uiteen wordt gezet, bedoeld als een punitieve reactie op opzettelijke betalingsonwil van degene die de ontnemingsmaatregel krijgt opgelegd. Deze reactie hangt, met name gelet op de forse duur ervan, samen met het behalen van dat voordeel door het begaan van strafbare feiten of, voor wat betreft art. 36e lid 3 Sr, het begaan van een ernstig strafbaar feit en het betrokken zijn bij andere feiten.²¹⁷ Hieruit volgt reeds dat toepassing van de vervangende hechtenis een persoonlijk karakter heeft en niet overdraagbaar is aan de erfgenaam.²¹⁸ De uitzondering van art. 75 Sr strekt er slechts toe dat de ontnemingsmaatregel op de nalatenschap (in financiële zin) kan worden verhaald voor zover dat niet tot een negatieve boedel leidt. Voor dat verhaal kan het Openbaar Ministerie overigens wel (executoriaal) beslag leggen op vermogensbestanddelen van de erfgenaam.

5.3 De verhouding tussen art. 75 Sr en art. 6 lid 2 EVRM

212. Men kan zich afvragen hoe de tenuitvoerlegging van een ontnemingsmaatregel onder de erfgenamen zich verhoudt met art. 6 lid 2 EVRM.²¹⁹ Immers, de ontnemingsmaatregel is opgelegd aan de overledene, maar het is de erfgenaam die met de gevolgen van die oplegging kan worden geconfronteerd terwijl hij niet betrokken is geweest bij de procedure waarin de ontnemingsmaatregel is opgelegd.

215 Onder eigen vermogen versta ik hier het reeds aanwezige vermogen voor het verkrijgen van de erfenis.

216 Daarbij kan het overlijden van de erflater als *novum* in de zin van art. 577b lid 4 Sv gelden.

217 Ter vergelijking: vrijheidsontneming vanwege het niet-voldoen van een civielrechtelijke schuld (gijzeling) is, op een enkele uitzondering na, niet mogelijk. Zie nader nr. 539.

218 In vergelijkbare zin ook Wöretshofer 1999, p. 87-88.

219 Zie Den Hartog 1998, p. 122.

Het is van belang om eerst vast te stellen of art. 6 lid 2 EVRM op deze situatie toeziet. Een aanknopingspunt daarvoor wordt geboden door de zaken *A.P., M.P. & T.P.* en *E.L., R.L. & J.O.-L.*²²⁰ Deze zaken hebben betrekking op de oplegging van een boete aan de nabestaanden van een overleden dader.

213. Het feitencomplex is in de zaken *A.P., M.P. & T.P.* en *E.L., R.L. & J.O.-L.* vrijwel gelijk. Enige tijd na het overlijden van een Zwitserse belastingplichtige wordt ontdekt dat deze zich schuldig heeft gemaakt aan belastingontduiking. De erfgenamen zien zich, nadat de periode is verstreken waarin zij de erfenis zouden hebben kunnen verwerpen, geconfronteerd met een naheffing van de nog verschuldigde belasting en een fiscale boete vanwege de belastingontduiking van de overledene. In beide zaken vechten de erfgenamen de oplegging van deze boete aan, maar zonder succes. Vervolgens stellen zij voor het Straatburgse hof dat in hun zaken art. 6 lid 2 EVRM – de onschuldpresumptie – is geschonden.

Het EHRM stelt voorop dat de betaling van de nog verschuldigde belasting niet ter discussie staat. Evenals andere schulden komt dit ten laste van de erfenis. De rechtens relevante kwestie is het opleggen van een sanctie aan de nabestaanden in verband met gedragingen van de overledene.²²¹ Het hof overweegt vervolgens:

In this case the Court does not find it necessary to decide whether the guilt of the deceased was lawfully established. (...) the proceedings were brought against the applicants themselves and the fine was imposed on them (...). It must therefore be accepted that, whether or not the late Mr. P. [Mr. L.] was actually guilty, the applicants were subjected to a penal sanction for tax evasion allegedly committed by him.

It is a fundamental rule of criminal law that criminal liability does not survive the person who has committed the criminal act. This is in fact recognised by the general criminal law of Switzerland (...) under which a fine lapses if the convicted person dies (...). In the Court's opinion, such a rule is also required by the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention. Inheritance of the guilt of the dead is not compatible with the standards of criminal justice in a society governed by the rule of law.²²²

Vervolgens constateert het hof in beide zaken een schending van art. 6 lid 2 EVRM.

214. Heeft de geciteerde overweging van het EHRM consequenties voor de uitzondering op de hoofdregel van art. 75 Sr? Voorop gesteld moet worden dat

220 EHRM 29 augustus 1997, RJD 1997-V, p. 1477-1508 (*A.P., M.P. & T.P.*), en EHRM 29 augustus 1997, RJD 1997-V, p. 1509-1533, BNB 1998, 61, m.nt. Feteris (*E.L., R.L. & J.O.-L.*).

221 Overweging 46 in de zaak *A.P., M.P. & T.P.* en overweging 51 in de zaak *E.L., R.L. & J.O.-L.*

222 Overwegingen 47-48 in de zaak *A.P., M.P. & T.P.* en overwegingen 52-53 in de zaak *E.L., R.L. & J.O.-L.*

het hof zich uitspreekt over de oplegging van een sanctie aan de erfgenamen, ongeacht ('whether or not') of de overledene schuldig is bevonden. Vanuit dit vertrekpunt geeft het hof als fundamentele regel dat 'inheritance of the guilt of the dead' niet toegestaan is. Deze regel houdt mijns inziens verband met het recht op een adequate verdediging, dat onderdeel uitmaakt van art. 6 lid 2 EVRM.²²³ Ik licht dit toe.

In de besproken zaken werd de boete aan de erfgenamen *opgelegd*. Dientengevolge hebben de erfgenamen zich nimmer op dezelfde wijze tegen de beschuldiging, inhoudende dat de erflater een strafbaar feit heeft begaan, kunnen verweren als de erflater zelf.²²⁴ Essentiële informatie die de erflater zou hebben kunnen verstrekken, staat niet noodzakelijkerwijs ter beschikking aan de erfgenamen. Het recht op een adequate verdediging kan worden opgevat als één van de 'standards of criminal justice' die zich verzetten tegen sanctie-oplegging aan erfgenamen. Dit betekent dat het hof de 'inheritance of the guilt of the dead' verbiedt juist met het oog op de onmogelijkheid van een adequate verdediging. Hierdoor heeft het oordeel van het EHRM geen (directe) betekenis voor de situatie waarin de 'fine' onherroepelijk is opgelegd en 'slechts' ten uitvoer wordt gelegd op de nalatenschap.²²⁵

In het geval van art. 75 Sr is de ontnemingsmaatregel aan de later overleden betrokkene opgelegd in een procedure waarin hij de hem toegekende verdedigingsrechten heeft kunnen uitoefenen. De erfgenamen zien zich enkel met de tenuitvoerlegging van die maatregel op de nalatenschap geconfronteerd. Dit verschil ondervangt het verdedigingsprobleem dat in genoemde zaken wel bestond.²²⁶ De uitzondering op de hoofdregel van art. 75 Sr is derhalve in overeenstemming met art. 6 lid 2 EVRM.²²⁷

223 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 maart 1983, Series A vol. 62, NJ 1986, 698 (Minelli), overweging 37, en voorts nr. 387.

224 Zie ook de noot van Feteris onder de zaak *E.L., R.L. en J.O.-L.* in BNB 1998, 61.

225 Vgl. EHRM 22 oktober 1986, Series A vol. 108 (AGOSI), overweging 65. Het hof stelt daar dat gevolgen die een vervolging ten opzichte van derden heeft, op zichzelf niet leidt tot een *criminal charge*. Indien er geen sprake is van een *criminal charge*, heeft art. 6 lid 2 EVRM in principe geen betekenis. Er zijn echter uitzonderingen. Indien de verdachte tijdens de strafrechtelijke procedure overlijdt, kunnen zijn erfgenamen schadevergoeding verzoeken. Omtrent de motivering van de afwijzing van dat verzoek kunnen zij in Straatsburg een klacht wegens schending van art. 6 lid 2 EVRM indienen. Zie de reeds besproken zaak *Nölkenbockhoff*, overweging 33.

226 Dit ligt bijvoorbeeld anders met betrekking tot het ingetrokken wetsvoorstel 'Wet confiscatie crimineel vermogen' (zie daarover nr. 81). Hierin werd bepaald dat – kort gezegd – aan het Openbaar Ministerie het recht toekomt om op een nalatenschap een vordering te doen gelden ter zake van het wederrechtelijk verkregen voordeel dat onderdeel uitmaakt van die nalatenschap. De daartoe bestemde procedure richt zich tegen de erfgenamen, waarbij die erfgenamen worden belast met het bewijs dat het betreffende vermogen niet uit wederrechtelijke bron afkomstig is (zie met name het voorgestelde artikel 16 lid 2 sub b).

227 Tot een vergelijkbaar resultaat komt Den Hartog 1998, p. 119, 121-122.

Het voordeelsbegrip

1 Inleiding

215. Indien vaststaat op welke feiten de ontnemingsmaatregel in een concreet geval betrekking heeft, moet de rechter in principe¹ drie beslissingen nemen: hij moet de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel schatten, hij moet de hoogte van de op te leggen betalingsverplichting vaststellen en hij moet de duur van de vervangende hechtenis bepalen.² Dit hoofdstuk heeft betrekking op de eerste beslissing. Teneinde de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel te kunnen schatten, is het van belang te weten wat onder dat wederrechtelijk verkregen voordeel, kort gezegd: het voordeelsbegrip, moet worden verstaan. In dit hoofdstuk onderzoek ik hoofdzakelijk de inhoud van dit begrip. In het volgende hoofdstuk komt aan de orde op welke wijze de rechter de voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel relevante feiten – dat wil zeggen: de strafbare feiten en feiten die voor de berekening van het voordeel van belang zijn – vaststelt.³

216. Alvorens de inhoud van het voordeelsbegrip te (kunnen) onderzoeken, is het van belang kort stil te staan bij de betekenis van dit begrip voor de toepassing van enerzijds het tweede lid van art. 36e Sr en anderzijds het derde lid van die bepaling. In het vorige hoofdstuk is aan de orde gekomen dat tussen beide leden van art. 36e Sr een belangrijk verschil bestaat. Het tweede lid gaat uit van afzonderlijke strafbare feiten die door de betrokkene zelf zijn begaan,⁴ terwijl het derde lid is gebaseerd op het *in abstracto* relateren van een bepaald vermogen aan een patroon van criminele betrokkenheid. Bij art. 36e lid 2 Sr wordt er derhalve geredeneerd van het strafbare feit naar het (daaruit verkregen) voordeel, terwijl bij art. 36e lid 3 Sr omgekeerd een vermogen wordt toegerekend aan een gedragspatroon. De consequentie hiervan is dat het voordeelsbegrip in feite alleen zelfstandige betekenis heeft voor de toepassing van art. 36e lid 2 Sr. Dientengevolge beperkt dit hoofdstuk

1 Voor zover de rechter besluit geen ontnemingsmaatregel op te leggen (zie nr. 122), blijven de hier genoemde beslissingen achterwege.

2 Dit beslissingsschema laat zich afleiden uit art. 24d, en 36e lid 4 eerste en laatste volzin Sr, alsmede art. 511e lid 1 sub a, en 511f Sv. Zie ook Doorenbos 1997, p. 87, 109-110, Van der Landen & Simmelink 1997, p. 183-184, Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, Keulen 1999, p. 47-48, 279-280, en Wöretshofer 1999, p. 58.

3 Zie voor de reden van deze volgorde nader nr. 242.

4 Al is het mogelijk dat de ontnemingsmaatregel betrekking heeft op een complex van strafbare feiten. Zie daaromtrent nader nr. 334-338.

zich daartoe. De toepassing van art. 36e lid 3 Sr, dat op een bewijsconstructie is gebaseerd (zie nr. 151), komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

217. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Allereerst onderzoek ik of uit de wet en de wetsgeschiedenis een definitie van het voordeelsbegrip kan worden afgeleid. In dat kader maak ik tevens enkele inleidende opmerkingen met betrekking tot de (mogelijke) invulling van het voordeelsbegrip door middel van externe en interne rechtsvergelijking. Vervolgens wordt nader ingegaan op de *wederrechtelijkheid* van het verkregen voordeel (paragraaf 3) en op de *verkrijging* van dat voordeel (paragraaf 4). Daarna wordt het vizier gericht op het *voordeel* zelf. Ik besteed in het bijzonder aandacht aan de volgende deelonderwerpen: de waarderingsmethode, de aftrek van kosten, en de causaliteit tussen het strafbare feit en het voordeel (paragrafen 5-8). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting van het aan art. 36e Sr ten grondslag liggende voordeelsbegrip (paragraaf 9).⁵

2 Een eerste verkenning van het voordeelsbegrip

2.1 Wet en wetsgeschiedenis

218. In de wet ontbreekt een definitie van het voordeelsbegrip dat aan art. 36e Sr ten grondslag ligt. Ook de wetsgeschiedenis voorziet daar niet in. Het ontbreken van een definitie mag, gelet op het feit dat het gaat om de maatregel ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen *voordeel*, op zijn minst opmerkelijk worden genoemd.⁶ Het lijkt evenwel een bewuste keuze van de wetgever te zijn. Zo wordt in de Memorie van Toelichting ruitelijk toegegeven dat de wet de rechter niet veel concrete aanwijzingen geeft omtrent de wijze van voordeelsberekening.⁷ De achterliggende reden daarvoor vermeldt de minister niet. Wellicht acht hij het vaststellen van het wederrechtelijk verkregen voordeel een dermate feitelijke aangelegenheid dat het formuleren van een definitie van het voordeelsbegrip aan de rechtspraak moet worden overgelaten.⁸

5 Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om de betekenis van het voordeelsbegrip op allerlei bijzondere terreinen te behandelen. Zie voor een dergelijk onderzoek op het terrein van het milieustrafrecht: Faure & De Roos 1998, en met betrekking tot corruptiedelicten in Duitsland: Husberg 1999.

6 Zie de verzuchting van Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242: 'Zelfs op de centrale vraag: waaruit *bestaat* "voordeel", valt geen eenduidig antwoord te geven.'

7 Memorie van Toelichting, p. 79. Het verbaast dan ook niet dat in de ontnemingspraktijk veel vragen zijn gerezen en nog steeds rijzen over de precieze betekenis van het voordeelsbegrip. Zie bijvoorbeeld Nelen & Sabee 1996, p. 72-75, Poelert 1997, en Nelen & Sabee 1998, p. 167-173.

8 Vgl. ook Nelen 2000, p. 90, en Pheiffer 2000, p. 267.

219. De tekst van art. 36e Sr geeft wel invulling aan onderdelen van het voordeelsbegrip. Zo spreekt art. 36e lid 2 Sr over voordeel dat 'door middel van of uit de baten' van een strafbaar feit wordt verkregen. Het wederrechtelijk verkregen voordeel bestaat derhalve allereerst uit vermogensbestanddelen die op ongeldige titel zijn verkregen.⁹ Dat is, kort gezegd, de *primaire opbrengst*. Daarnaast zijn vermogensbestanddelen die op zichzelf op legale wijze zijn verkregen, doch met middelen die illegaal zijn verkregen, tot het voordeel te rekenen. Dit is voordeel 'uit de baten van' het strafbare feit verkregen en wordt ook wel aangeduid als *vervolgprofijt*. Een voorbeeld hiervan is de rente die wordt verkregen over de primaire opbrengst.¹⁰

Art. 36e lid 4 eerste volzin Sr bepaalt dat de rechter het bedrag vaststelt waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt *geschat*. De wetgever heeft de rechter niet willen verplichten om de omvang van het voordeel precies te berekenen, omdat een dergelijke berekening (praktisch) niet altijd mogelijk zal zijn.¹¹ De wetgever wijst bij wijze van voorbeeld op de situatie waarin legaal verkregen vermogen en wederrechtelijk verkregen voordeel vermengd raken en tezamen tot een meeropbrengst (bijvoorbeeld: rente) leiden.¹²

Onder het voordeel wordt op grond van art. 36e lid 4 tweede volzin Sr ook begrepen de *besparing van kosten*. Besparing van kosten doet zich voor in de situatie dat de betrokkene uitgaven achterwege kan laten omdat hij een strafbaar feit begaat.¹³ Een voorbeeld is het niet-betalen van de heffing die aan een vergunningsplichtige activiteit is verbonden. Door de vergunningsplicht te negeren bespaart de betrokkene de daaraan verbonden heffingen.

Art. 36e lid 4 derde volzin Sr geeft voorts twee aanwijzingen met betrekking tot de wijze waarop de rechter de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan vaststellen. Het gaat allereerst om de waardering naar de marktwaarde van de verkregen voorwerpen ten tijde van de uitspraak.¹⁴ Ten tweede kan de rechter verwijzen naar de executiewaarde van de betreffende voorwerpen indien daarop verhaal moet worden genomen. De minister merkt op dat deze bepaling ertoe strekt te voorkomen dat de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de daadwerkelijke executie-opbrengst van de wederrechtelijk verkregen voorwerpen al te zeer uiteen gaan lopen.¹⁵ Beide voorschriften omvatten een discretionaire bevoegdheid van de rechter, die alleen interessant is indien het voordeel van de

9 Memorie van Toelichting, p. 15.

10 Memorie van Toelichting, p. 15.

11 Memorie van Toelichting, p. 78.

12 Memorie van Toelichting, p. 79.

13 Vgl. Memorie van Toelichting, p. 16.

14 Onder 'voorwerpen' wordt verstaan alle zaken en alle vermogensrechten (art. 36e lid 5 Sr). Vgl. ook Memorie van Toelichting, p. 21.

15 Memorie van Toelichting, p. 16.

betrokkene uit concrete voorwerpen bestaat. Dat impliceert dat de rechter tevens bevoegd is om andere waarderingmethoden te hanteren dan de schatting van de marktwaarde of de verwijzing naar de executiewaarde.

220. In de Memorie van Toelichting wordt voorts nog één en ander opgemerkt over de aftrekbaarheid van kosten. Het is immers denkbaar dat de betrokkene in het kader van zijn misdadige activiteiten kosten zal (moeten) maken teneinde het strafbare feit te kunnen begaan. De vraag rijst dan of deze kosten op de verkregen opbrengst in mindering moeten worden gebracht. De minister stelt hieromtrent dat de rechter de kosten in mindering *kan* brengen, maar hij is daartoe niet verplicht indien de kostenaf trek in de concrete omstandigheden van het geval niet redelijk voorkomt.¹⁶

2.2 Een eerste analyse

221. Wat kan uit deze verkenning van de wet en de wetsgeschiedenis worden afgeleid? Op het eerste gezicht niet heel veel. Te constateren valt dat de wetgever een ruim voordeelsbegrip voor ogen staat, bestaande uit primair verkregen voordeel en vervolgprijft. Ook voordeel bestaande uit besparing van kosten kan worden ontnomen. Voor het overige is er sprake van een aantal discretionaire bevoegdheden. Op basis van deze gegevens is het nauwelijks mogelijk het voordeelsbegrip geheel of ten dele te definiëren.

Maar hoe moet men dan het wederrechtelijk verkregen voordeel bepalen? In de wetsgeschiedenis ligt nog één aanwijzing voor de nadere bepaling van het voordeelsbegrip besloten, al wordt deze door de wetgever niet expliciet in verband gebracht met de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het gaat om het *normatief-reparatoire* karakter van de ontnemingsmaatregel. De ontnemingsmaatregel richt zich op rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene, hetgeen tevens een limiet stelt aan de toepassing van de ontnemingsmaatregel (zie nr. 103). In de woorden van de minister: de ontnemingsmaatregel richt zich op '(...) het herstel van een rechtmatige toestand doordat aan de veroordeelde wordt ontnomen wat hem rechtens niet toekomt (...)'.¹⁷

Het karakter van de ontnemingsmaatregel schept daarmee een kader voor de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De rechter dient een zodanig bedrag vast te stellen, dat, indien dat bedrag eenmaal is betaald of verhaald, de betrokkene als het ware komt te verkeren in de rechtmatige situatie, dat wil zeggen: de situatie die zou hebben bestaan indien hij het strafbare feit niet zou hebben begaan. Anders gezegd: het voordeelsbegrip impliceert een vergelijking

16 Memorie van Toelichting, p. 16.

17 Memorie van Toelichting, p. 8.

van twee situaties, de (werkelijke) situatie waarin een strafbaar is begaan, en de (hypothetische) situatie waarin dat feit niet zou zijn begaan. Dit is uiteraard geen heel scherpe maatstaf, maar het vormt een kader waarbinnen een nadere uitwerking van het voordeelsbegrip mogelijk is. De 'open' structuur van het voordeelsbegrip biedt daartoe alle ruimte.

2.3 Een eerste vergelijking: voordeelsbegrippen in het Duitse recht

222. Een nadere invulling van het voordeelsbegrip kan mede aan de hand van een rechtsvergelijkende beschouwing plaatsvinden. Het Duitse recht kent namelijk vier voordeelsbegrippen: *Vermögensvorteil*, *etwas*, *wirtschaftlicher Vorteil* en *Mehrerlös*. Daarbij geldt dat, zoals reeds in nr. 89 en 112 aan de orde is gekomen, het begrip *etwas* de opvolger is van het begrip *Vermögensvorteil* in § 73 StGB en § 29a OWiG. In deze paragraaf geef ik een algemene schets van de begrippen zodat kan worden bepaald welke van deze begrippen in aanmerking komen voor een nadere vergelijking in het vervolg van dit hoofdstuk.

223. Tot de invoering van het *Bruttoprinzip* in 1992 heeft het *Verfall* van § 73 StGB betrekking op het *Vermögensvorteil* dat *aus* of *für* de *rechtswidrige Tat* is verkregen.¹⁸ Dit begrip kent geen wettelijke definitie. Wel is door de wetgever beoogd het *Verfall* van toepassing te laten zijn op elke verbetering die in de vermogensrechtelijke positie van de betrokkene optreedt.¹⁹ Het gaat daarbij in ieder geval om beloningen en het *Tatgewinn*.²⁰ In rechtspraak en literatuur wordt het verder als vanzelfsprekend ervaren dat het ontnemen van een *Vermögensvorteil*, gelet op de letterlijke betekenis van dat woord, betekent dat de rechter de kosten die op de (bruto-)opbrengst rusten, in mindering brengt.²¹

Met de invoering van *Bruttoprinzip* heeft de Duitse wetgever een wijziging willen aanbrengen met betrekking tot de kostenaf trek. Tengevolge van het vervangen van het begrip *Vermögensvorteil* in *etwas* hoeft de rechter geen acht meer te slaan op de kosten.²² De Duitse wetgever heeft niet beoogd in andere opzichten wijzigingen aan te brengen in de regeling van het *Verfall*. Zo moet bijvoorbeeld de causaliteit tussen de *rechtswidrige Tat* en de opbrengst daarvan op dezelfde wijze worden benaderd als onder de gelding van het *Nettoprinzip*.²³

18 Zie over de aanleiding van deze wijziging nader nr. 89.

19 Brenner 1977, p. 203-204, Güntert 1983, p. 34, LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 15, en Schultehinrichs 1991, p. 9.

20 Eser 1969, p. 291, en LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 9-11. Vgl. ook Schöнке/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 6-7.

21 Zie nader nr. [278].

22 Zie nader nr. 89, 112 en 278.

23 Vgl. Schöнке/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 6, en, met betrekking tot § 29a OWiG, Drathjer 1997, p. 90.

Het voorgaande gaat tevens op voor de regeling van het *Verfall* in de OWiG. Ook in § 29a OWiG is het begrip *Vermögensvorteil* gewijzigd in *etwas*. De ratio van deze wijziging is dezelfde als die van de wijziging van § 73 StGB.²⁴

224. Een derde voordeelsbegrip betreft het *wirtschaftlicher Vorteil*, dat het minimum vormt voor een op grond van de OWiG op te leggen *Geldbuße* of *Verbandsgeldbuße* (§ 17 Abs. 4, en § 30 Abs. 3 OWiG). Een definitie hiervan ontbreekt in de wet. Wel kan men vaststellen dat het begrip *wirtschaftlicher Vorteil* door een wetswijziging in 1968 in de plaats is getreden van de begrippen *Entgelt* en *Gewinn* (zie nr. 85). De Duitse wetgever heeft hiermee beoogd het voordeelsbegrip zodanig te verruimen, dat bijvoorbeeld ook het verbeteren van een marktpositie als een *wirtschaftlicher Vorteil* geldt.²⁵ Dientengevolge omvat de (*Verbands*)*geldbuße* elk voordeel, mits op geld waardeerbaar.²⁶ Het begrip *wirtschaftlicher Vorteil* impliceert, zo wordt door de Duitse wetgever en de literatuur gesteld, dat eventuele kosten in mindering moeten worden gebracht op de verkregen opbrengst.²⁷ Hierin is geen verandering gekomen door de invoering van het *Bruttoprinzip* in de regeling van het *Verfall*.²⁸

225. De *Mehrerlösabführung* (§ 8 WiStG) heeft betrekking op het handelen in strijd met prijsvoorschriften. De *Mehrerlös* die daardoor wordt behaald, kan worden ontnomen. Hetzelfde begrip wordt gehanteerd in § 81 Abs. 2 GWB waarin is bepaald dat bij het handelen in strijd met mededingingsvoorschriften een *Geldbuße* met een maximale hoogte van driemaal de *Mehrerlös* kan worden opgelegd.

Onder de *Mehrerlös* wordt verstaan het bedrag van de meeropbrengst die de betrokkene heeft verkregen doordat hij in strijd met de prijs- of mededingingsvoorschriften heeft gehandeld. Het gaat om een, wat wordt genoemd, abstracte berekening van het voordeel van de betrokkene. Het voordeel wordt gefixeerd op het bedrag van de (geschatte)²⁹ meeropbrengst. Of dat bedrag ook het concrete voordeel van de betrokkene vertegenwoordigt, is irrelevant. Dientengevolge mogen bijvoorbeeld de (bijkomende) kosten die aan het behalen van de meeropbrengst zijn verbonden, niet in mindering worden gebracht.³⁰

24 Zie over het begrip *Vermögensvorteil*: KK OWiG-Wilts 1989, § 29a, Rn. 2, 8, en over de invoering van het *Bruttoprinzip*: Franzheim 1992, p. 143, Drathjer 1997, p. 91-92, Brenner 1998, p. 558, en Göhler 1998, § 29a, Rn. 4a. Vgl. ook Lemke 1999, § 29a, Rn. 10.

25 Zie KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 118, Drathjer 1997, p. 3-4, 62, Göhler 1998, § 17, Rn. 41, Brenner 1998, p. 557-558, en Müther 1999, p. 52-53.

26 Vgl. Göhler 1998, § 17, Rn. 41, en Müther 1999, p. 53.

27 Zie, met nadere verwijzingen, Drathjer 1997, p. 62, Müther 1999, p. 59-60, en hierna nr. 278.

28 Müther 1999, p. 60.

29 Zie § 8 Abs. 3 WiStG en § 81 Abs. 2 GWB.

30 Zie over de *Mehrerlös* nader Tiedemann & Vogel 1990, p. 2, 4, Immenga/Mestmäcker-Tiedemann 1992, § 38, Rn. 273-276, Drathjer 1997, p. 105-110, en Müther 1999, p. 86-88.

226. Uit het voorgaande volgt dat het Duitse recht twee begrippen kent – het *Vermögensvorteil* en het *wirtschaftlicher Vorteil* – die in principe vergelijkbaar zijn met het Nederlandse voordeelsbegrip. Het gaat om begrippen die eveneens geen scherp omlijnende definitie kennen, maar slechts op onderdelen nader zijn genormeerd. Daarnaast is er wat grondslag betreft in hoge mate gelijkenis. Uit de vergelijking tussen het karakter van de ontnemingsmaatregel en dat van het *Verfall* onder gelding van het *Nettoprinzip* in hoofdstuk 4 is namelijk gebleken dat beide sancties gegrond zijn op de gedachte dat de betrokkene moet worden ontnomen wat hem rechtens niet toekomt.³¹

Het begrip *etwas* heeft een beperkte betekenis voor de rechtsvergelijkende component van de hierna volgende beschouwing over het voordeelsbegrip. Een principiële uitsluiting van kostenafrek zoals die door de invoering van het *Bruttoprinzip* heeft plaatsgevonden, is het Nederlandse recht onbekend.³² Gelet op het feit dat de invoering van het *Bruttoprinzip* geen verder strekkende werking heeft dan de mogelijkheid van kostenafrek, is de inhoud het begrip *etwas* voor het overige niet anders dan die van het begrip *Vermögensvorteil*.

Het begrip *Mehrerlös* verschilt van het Nederlandse voordeelsbegrip in die zin dat het eerste een duidelijker definitie kent dan het tweede. Of die definitie betekenis heeft voor het Nederlandse voordeelsbegrip kan niet op voorhand worden gezegd. Hiervoor moeten juist eerst de contouren van dat voordeelsbegrip nauwkeuriger worden vastgesteld. Daar komt bij dat het Duitse recht de *Mehrerlös* in de specifieke context van prijs- en mededingingsvoorschriften hanteert. Het Nederlandse voordeelsbegrip heeft daarentegen op vrijwel alle strafbare feiten betrekking.

2.4 Een tweede vergelijking: het schadebegrip

227. Hiervoor is aan de orde gekomen dat het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel met zich mee brengt dat het voordeelsbegrip moet worden gebaseerd op een vergelijking van twee situaties, de (werkelijke) situatie waarin een strafbaar feit is begaan, en de (hypothetische) situatie waarin dat feit niet is begaan. Het voordeelsbegrip is in die zin een *comparatief* begrip. Er doet zich hier een gelijkenis voor met het civielrechtelijke begrip *schade*. Dit begrip is eveneens een *comparatief* begrip. Het schadebegrip kan namelijk, zo wordt algemeen erkend, in zijn meest basale vorm worden omschreven als het verschil tussen de bestaande vermogenstoestand en de vermogenstoestand zoals die zonder

31 Dat ik op sommige onderdelen verschillen heb geconstateerd (bijvoorbeeld de mate van verwevenheid met het civiele recht), doet daar niet aan af. Zie nader nr. 114-117.

32 Die uitsluiting is ook niet wenselijk. Vgl. nr. 277.

de schade-veroorzakende gebeurtenis zou bestaan.³³ Schade duidt derhalve op een vermindering, welke het (causale) gevolg is van een bepaalde gebeurtenis terwijl die vermindering kan worden vastgesteld door een vergelijking met de hypothetische situatie waarin die gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.³⁴

Het voordeelsbegrip kan op soortgelijke wijze worden omschreven: voordeel duidt op een vermeerdering, welke het (causale) gevolg is van een bepaalde gebeurtenis terwijl die vermeerdering kan worden vastgesteld door een vergelijking met de hypothetische situatie waarin die gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Beide omschrijvingen omvatten naast het vergelijkingselement ook een causaal en een hypothetisch element.

228. Nu moet onmiddellijk voorop worden gesteld dat voordeel en schade inhoudelijk niet gelijk zijn. Dit is reeds aan de orde geweest in hoofdstuk 4 (zie nr. 114-117) en verderop in dit hoofdstuk zal dat nogmaals blijken. Dit neemt niet weg dat het vergelijkingsprincipe dat in het schadebegrip ligt besloten op zijn minst inspiratie kan bieden voor de nadere invulling van het comparatieve element van het voordeelsbegrip. Daarom betrek ik in het vervolg van dit hoofdstuk op een aantal plaatsen het schadebegrip bij de uitwerking van het voordeelsbegrip.

3 De wederrechtelijkheid van het verkregen voordeel

3.1 Inleiding

229. De ontnemingsmaatregel richt zich op *wederrechtelijk* verkregen voordeel. Hiermee wordt aangegeven dat het voordeel zijn oorsprong moet vinden in een strafbaar feit. Voordeel dat voorkomt uit de schending van een andere dan een strafrechtelijke norm, valt buiten het bereik van art. 36e Sr. In het voorgaande hoofdstuk is het wederrechtelijkheidsvereiste reeds aan de orde geweest. Ik volsta hier met de constatering dat het ontbreken van de wederrechtelijkheid in een concreet geval in de weg staat aan de oplegging van een ontnemingsmaatregel ter zake van het betreffende feit (zie nader nr. 191).

Indien vaststaat dat het feit waarvan het Openbaar Ministerie meent dat daaruit voordeel is verkregen, wederrechtelijk is, zou de betrokkene kunnen aanvoeren dat er in de gegeven omstandigheden weliswaar een zeker financieel voordeel is behaald, maar dat er geen causaal verband bestaat tussen de wederrechtelijkheid

33 Het gaat om de zogeheten *Differenzhypothese* van Mommsen. Zie Bloembergen 1965, p. 13, en Barendrecht & Storm 1995, p. 12.

34 Zie, uit velen, Bloembergen 1965, p. 14-18, 114, Barendrecht 1985, p. 790, Barendrecht & Storm 1995, p. 12-13, en Asser-Hartkamp 4-1 2000, nr. 415.

van het feit en de (vermeende) opbrengst uit dat feit. Aan de hand van het Urker visafslag-arrest ga ik nader in op dit causale verband.

3.2 *De Urker visafslag*

230. Het Urker visafslag-arrest heeft betrekking op een aantal overtredingen van de Visserijwet die door de gemeente Urk zijn begaan.³⁵ De gemeentelijke visafslag heeft meermalen bemiddeld bij het veilen van vis zonder dat hij heeft zorggedragen voor de vermelding van bepaalde gegevens (lettertekens en nummers van de vaartuigen die de vis hebben aangevoerd) bij de betreffende vis, terwijl dit wel verplicht is op grond van het krachtens art. 3a lid 3 Visserijwet bepaalde. In de strafzaak komt onder meer de vraag aan de orde of aan de gemeente Urk een ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd met betrekking tot de retributie (de gebruiksbelasting) die de gemeente voor de bemiddeling heeft ontvangen.

Eén van de verweren tegen de oplegging van een ontnemingsmaatregel betreft het argument dat indien de gemeente de partijen vis waarbij geen gegevens waren gemeld, geweigerd zou hebben te veilen, de aanvoerders de betreffende gegevens wel zouden hebben verstrekt. De vis zou dan zijn geveild zonder overtreding van art. 3a Visserijwet. In dat geval wordt dezelfde opbrengst behaald als in de situatie waarin wel een overtreding wordt begaan, zodat niet kan worden gezegd dat de wederrechtelijkheid van de gedraging in (direct) verband staat met het behalen van de opbrengst.

De Hoge Raad stelt met betrekking tot dit verweer:

Die opvatting miskent (...) dat de in art. 36e Sr bedoelde maatregel strekt tot ontneming van voordeel dat de veroordeelde met schending van een wettelijk voorschrift heeft verkregen en dat aan oplegging van die maatregel niet in de weg staat dat de veroordeelde eenzelfde voordeel had kunnen verkrijgen zonder zodanige schending.

Nu de gemeente de vis kreeg aangeboden zonder de vereiste gegevens, had zij haar bemiddeling voor wat betreft deze vis moeten weigeren.³⁶ Dat is echter niet gebeurd zodat er niet met succes een beroep kan worden gedaan op een scenario

35 HR 8 juli 1992, NJ 1993, 12. Dit arrest heeft betrekking op het oude art. 36e Sr. Men mag echter aannemen dat er voor de invoering van de ontnemingswetgeving geen wezenlijk ander voordeelsbegrip werd gehanteerd. Vgl. Simmelink & Van der Neut 1996, p. 542-543, en Van der Neut 1997, p. 60, die het Urker visafslag-arrest toepassen met betrekking tot de aftrek van kosten. Anders: Punt 1997a, p. 129, die echter over het hoofd ziet dat op grond van art. 36e lid 2 (oud) Sr eveneens een onderscheid moet worden gemaakt tussen de schatting van het voordeel en de vaststelling van de betalingsverplichting. Vgl. ook HR 10 november 1998, NJ 1999, 137, JOW 1999, 6.

36 Vgl. ook de conclusie van A-G Fokkens voor dit arrest.

waarin het strafbare feit niet zou zijn begaan. Die *fictieve* situatie is, aldus de Hoge Raad, niet relevant.

231. Teneinde de precieze betekenis van dit arrest te kunnen vaststellen, is het noodzakelijk het verweer van de gemeente in termen van causaliteit te benoemen. Het verweer komt mijns inziens in de kern neer op een relativering van de causaliteit. Ik licht dit toe.³⁷

Het relativëren van de causaliteit houdt in dat men onderzoekt of er ook een *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen handeling en gevolg indien enkel de wederrechtelijkheid van de handeling – en *niet* de handeling zelf – wordt weggedacht. Stel: A rijdt te hard met zijn auto en komt in botsing met de auto van B. Men denkt het wederrechtelijke karakter van het te hard rijden weg, maar de feitelijke situatie laat men in stand. Daarna stelt men vast of in deze hypothetische situatie nog steeds het gevolg zou intreden. Is dat het geval, dan is de wederrechtelijkheid van de handeling niet bepalend voor het gevolg. Kortom: er wordt onderzocht of de wederrechtelijkheid van de handeling onverbrekkelijk is verbonden met het gevolg.³⁸

Past men deze relativeringsmethode toe op de casus van de Urker visafslag, dan luidt de kernvraag: zou het voordeel ook zijn behaald als de verkoop op dezelfde feitelijke wijze had plaatsgevonden zonder dat de bemiddeling van de gemeente in strijd zou zijn met de voorschriften van de Visserijwet? Zo ja, dan is de schending als zodanig niet onverbrekkelijk verbonden met het behalen van het voordeel en is er geen sprake van wederrechtelijk verkregen voordeel.

232. De beschreven relativering van de causaliteit lijkt op het eerste gezicht wellicht aantrekkelijk. Deze methode legt immers de nadruk op de *normovertreding* en stelt daarmee de wederrechtelijkheid centraal. Voordeel dat, ondanks de

37 Zie over de relativering van de causaliteit, met nadere verwijzingen, Lankhorst 1992, p. 56-64, Van Maanen: in Bloembergen e.a. (losbl.), aant. 17 op art. 163 (suppl. 52), en Asser-Hartkamp III 1998, nr. 107. De relativiteit van de causaliteit staat in de civielrechtelijke literatuur bekend als de leer Demogue-Besier, waarover onder andere Slagter 1952, p. 284-290, en Van Schellen 1972, p. 64-65. Deze leer wordt ook wel anders geïnterpreteerd. Zie Kerkmeester & Visscher 1999, met name p. 838-839, die niet zozeer de onrechtmatigheid willen wegdenken, maar een vergelijking lijken te maken met het rechtmatige alternatief voor de onrechtmatige handeling. Dit verschil van inzicht hangt mijns inziens samen met het feit dat de leer Demogue-Besier in de kern uit niet meer bestaat dan de conclusies van A-G Besier voor HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688, m.nt. EMM, en HR 17 juni 1932, NJ 1932, p. 1464, m.nt. EMM, waarin veeleer een met de omstandigheden van het geval verweven oordeel naar voren komt. Vgl. ook Slagter 1952, p. 284, en Van Schellen 1972, p. 65. Voor de hoofdttekst is dit verder niet relevant, nu het daar (alleen) om de relativering van de causaliteit handelt. In de strafrechtelijke literatuur treft men een dergelijke relativering aan bij G.E. Mulder 1980, p. 185-186, waar hij een 'gejuridiseerde' variant van de *conditio-sine-qua-non*-theorie uiteenzet.

38 Slagter 1952, p. 287, en Lankhorst 1992, p. 57.

normovertreding, min of meer 'toevallig' is behaald, wordt uitgesloten.³⁹ Bij nadere bestudering van de methode blijkt deze echter nauwelijks een nuttige rol te kunnen vervullen.⁴⁰ De relativering van de causaliteit vereist een vergelijking met de hypothetische situatie waarin dezelfde handeling niet wederrechtelijk is. In theorie kan men zich echter vrijwel altijd de situatie voorstellen dat een strafbaar feit wordt begaan waarbij in die (hypothetische) situatie een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. De consequentie hiervan is dat de relativering van de causaliteit er per definitie toe leidt dat de dader vrijuit gaat.⁴¹ De relativering van de causaliteit is daardoor vrijwel niet bruikbaar.⁴²

In de rechtspraak over de civielrechtelijke onrechtmatige daad is deze relativering afgewezen:

Het enkele feit dat een op onrechtmatige wijze toegebracht nadeel eveneens op een andere wijze toegebracht had kunnen worden, die niet onrechtmatig zou zijn, brengt nog niet mee dat dit nadeel niet meer kan gelden als te zijn veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan.⁴³

De geciteerde overweging uit het Urker visafslag-arrest sluit hier naadloos bij aan.

In het Duitse recht komt een verwante stellingname naar voren waar het gaat om de vraag of bij de vaststelling van het voordeel ook rekening moet worden gehouden met het feit dat de betrokkene door het begaan van het strafbare feit legale inkomsten is misgelopen. Het antwoord luidt doorgaans afwijzend, omdat de vaststelling van het verkregen voordeel moet geschieden door een vergelijking van de werkelijke gang van zaken met de situatie waarin geen strafbaar feit zou zijn begaan, en niet met de situatie waarin een andere, legale gedraging zou hebben

39 Lankhorst 1992, p. 58.

40 Zie G.E. Mulder 1980, p. 185, Lankhorst 1992, p. 58-60, en Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 107. Zie voor een overzicht van oudere kritieken Slagter 1952, p. 330-337, en Van Schellen 1972, p. 65-67. Slagter ziet zelf echter wel een (beperkte) rol voor de relativering van de causaliteit weggelegd als *aanvulling* op de relativiteitsleer. Zie met name Slagter 1952, p. 214, 332-334, 336-337. Van Schellen 1972, p. 73, wil de relativering van de causaliteit beperken tot gevallen waarin '(...) naast de overtreding van de laedens ook nog fouten van anderen zijn, die zonder de overtreding van de laedens het gevolg veroorzaken.' De overtreding is dan min of meer een toevalligheid (zie ook noot 42).

41 Vgl. Slagter 1952, p. 335.

42 Alleen in een casus waarin de factor 'toeval' een prominente rol speelt, leidt de relativering van de causaliteit tot het gewenste resultaat, aldus Lankhorst 1992, p. 60. Vgl. ook de voorbeelden bij Van Schellen 1972, p. 69-73. Wanneer er sprake is van toeval, blijkt echter niet uit (de toepassing van) de relativering van de causaliteit. Een modificatie van de theorie zou wellicht nog wel tot een wenselijke theorie kunnen leiden, maar dan heeft de relativering van de causaliteit geen (zelfstandige) betekenis meer.

43 HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356, m.nt. MS. Zie ook HR 25 mei 1928, NJ 1928, 1688, m.nt. EMM, HR 23 juni 1989, NJ 1990, 441 en HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420. Anders evenwel HR 17 juni 1932, NJ 1932, 1464, m.nt. EMM, waarin de Hoge Raad wel (mede) gebruik lijkt te maken van de relativering van de causaliteit. Vgl. Van Schellen 1972, p. 67-68, en Lankhorst 1992, p. 58.

plaatsgevonden. De vergelijking vereist alleen het wegdenken van het strafbare feit, niet het erbij denken van hypothetische andere feiten.⁴⁴

233. Aan de hand van deze uiteenzetting over het Urker visafslag-arrest kan het voordeelsbegrip op één onderdeel nader worden genormeerd. Hiervoor is vastgesteld dat, gelet op het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel, het voordeelsbegrip impliceert dat een vergelijking van twee situaties, de (werkelijke) onrechtmatige situatie en de (hypothetische) rechtmatige situatie moet worden gemaakt. Bij het maken van deze vergelijking, zo volgt uit het Urker visafslag-arrest, hoeft geen rekening te worden gehouden met enige mogelijkheid dat de strafbare activiteit ook op een niet-strafbare wijze zou kunnen zijn uitgevoerd. In die zin kan men de rechtmatige toestand ook aanduiden als de oude toestand, dat wil zeggen: de toestand vlak voor het begaan van het strafbare feit waaruit het voordeel wordt verkregen (de *status quo ante*).⁴⁵ Hiermee wordt dan duidelijk gemaakt dat ficties over wat had kunnen gebeuren, niet relevant zijn.⁴⁶

Deze nadere invulling van het voordeelsbegrip heeft overigens een beperkte strekking. Het Urker visafslag-arrest handelt, voor zover hier besproken, enkel om de vraag of er voordeel is verkregen uit een bepaalde handeling. Is dat het geval, dan staat daarmee nog niet vast waaruit het voordeel precies bestaat. Verderop in dit hoofdstuk zal blijken dat, wanneer het gaat om de vaststelling van de *omvang* van het voordeel, het construeren van een rechtmatig alternatief onder omstandigheden noodzakelijk is teneinde die omvang te kunnen bepalen. In dat geval wordt niet enkel de wederrechtelijkheid van een handeling weggedacht, maar wordt de wederrechtelijke handeling in zijn totaliteit afgezet tegen een normconforme wijze van handelen.⁴⁷

44 Zie met name Tiedemann 1990, p. 2, Drathjer 1997, p. 72-76, 99-100, 192, en Göhler 1998, § 17, Rn. 40-41 (zie echter ook § 29a, Rn. 4c). Zie voorts OLG Hamburg 3 maart 1971, NJW 1971, p. 1000-1003, Sannwald 1986a, p. 85, KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 124 (zie echter ook Rn. 128), BayObLG 24 april 1995, wistra 1995, p. 360-362, en Lemke 1999, § 17, Rn. 32. Een argument dat ook wel wordt genoemd, is dat het rekening houden met het rechtmatige alternatief ertoe leidt dat de *Geldbuße* te laag zou uitvallen, gelet op het feit dat het *wirtschaftlicher Vorteil* de ondergrens van het boetebedrag vormt (§ 17 Abs. 4 OWiG). Zie daarover Tiedemann 1990, p. 2, en Müther 1999, p. 66. Tot een (gedeeltelijk) ander oordeel komen: Peltzer 1977, p. 1446, Güntert 1983, p. 47-48, Lenz 1986, p. 265-280, Cramer 1996, p. 251, en wellicht ook BGH 17 januari 1986, NJW 1986, p. 1624-1625, wistra 1986, p. 100.

45 Het in de hoofdtekst gestelde betekent uiteraard niet dat daarmee ook de na het begaan van het strafbare feit verkregen *legale* inkomsten zouden kunnen worden ontnomen. Van die inkomsten moet men bij de bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel abstraheren, tenzij het inkomsten betreft die als vervolgprijfijt kunnen gelden. Daarom trent nader nr. 313-318. Ook is hiermee niet gezegd dat het voordeel moet worden vastgesteld aan de hand van een vergelijking van het vermogen vlak voor en vlak na het begaan zijn van het strafbare feit. Zie nr. 256-257.

46 Vgl. met betrekking tot het Duitse recht Cramer 1996, p. 250.

47 Zie nader nr. 300-302.

4 De verkrijging van het voordeel

4.1 De verkrijging

234. Wanneer wordt er voordeel verkregen? De wet en de wetsgeschiedenis zeggen hier niets over. Men zou allereerst van verkrijging kunnen spreken indien het voordeel in feitelijke zin tot het vermogen van de betrokkene gaat behoren. Dit betekent dat het voordeel op dezelfde wijze in de macht van de betrokkene komt te verkeren als een legale bron van inkomsten, bijvoorbeeld een loonbetaling. Het voordeel wordt bijvoorbeeld contant ontvangen of op de bankrekening van de betrokkene gestort. Indien het niet om (contant of giraal) geld gaat, wordt het voordeel verkregen doordat de betrokkene in het bezit komt van bepaalde voorwerpen.⁴⁸

Naast deze feitelijke benadering zou een invulling naar civielrechtelijke maatstaven kunnen worden gesteld. Het verkrijgen van het voordeel vindt dan alleen plaats indien er zich vanuit civielrechtelijk oogpunt geen complicaties voordoen ten aanzien van die verkrijging. Zo'n complicatie doet zich bijvoorbeeld voor indien het strafbare feit bestaat uit het aangaan van een rechtshandeling (bijvoorbeeld: oplichting, bedreiging, heling) waarbij de totstandkoming of de inhoud van de rechtshandeling of overeenkomst veelal nietig of vernietigbaar is.⁴⁹

Deze civielrechtelijke benadering leidt tot beperktere resultaten dan de feitelijke benadering. In beide gevallen is vereist dat er sprake is van een verkrijging in feitelijke zin, maar in de civielrechtelijke benadering vindt een aanvullende toets plaats of die verkrijging ook rechtens geldig is.⁵⁰

235. Naar mijn mening is de ontnemingsmaatregel (enkel) gericht op de feitelijke verkrijging van het voordeel. Het gaat er immers om dat de betrokkene in de positie wordt gebracht die zou hebben bestaan indien het strafbare feit niet zou zijn begaan. Er is geen reden waarom dat herstel niet zou mogen plaatsvinden indien de verkrijging naar civielrechtelijke maatstaven problematisch is.⁵¹ Ook in het Duitse

48 De verkrijging van het voordeel is niet altijd zichtbaar. Indien het gaat om besparing van kosten is er bijvoorbeeld sprake van het niet-uitgeven van reeds beschikbaar vermogen. Vgl. nr. 298.

49 Zie art. 3:40, 3:44 en 6:228 BW.

50 Indien de verkrijging naar civielrechtelijke maatstaven nietig is of anderszins aantastbaar is, erkent het civiele recht overigens wel dat er een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Die vermogensverschuiving kan veelal weer worden rechtgetrokken, bijvoorbeeld door het instellen van een actie uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.

51 Deze invulling sluit overigens aan bij de autonome interpretatie die binnen het strafrecht gebruikelijk is met betrekking tot begrippen die ook in ander rechtsgebieden voorkomen. Zie daarover uitgebreid Demersseman 1985, en voorts bijvoorbeeld De Hullu 2000, p. 16-17.

recht wordt, met name met betrekking tot het *Verfall* van § 73 StGB,⁵² uitgegaan van een feitelijke verkrijging van het voordeel.⁵³

De feitelijke invulling heeft als gevolg dat de rechter in de ontnemingsprocedure⁵⁴ zich niet hoeft te buigen over allerlei mogelijke civielrechtelijke kwesties mits hij kan constateren dat het voordeel in feitelijke zin tot het vermogen van de betrokkene is gaan behoren, en die civielrechtelijke kwesties niet nopen tot de toepassing van art. 36e lid 6 Sr.⁵⁵

4.2 De daadwerkelijke en (dus) individuele verkrijging

236. Er is naar mijn mening pas sprake van een feitelijke verkrijging van voordeel indien de betrokkene *daadwerkelijk* de beschikking krijgt over het voordeel.⁵⁶ Dit volgt uit het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel. Ontneemt

52 Voor wat betreft de *Geldbuße* en het *Verfall* op grond van de OWiG wordt doorgaans volstaan met de constatering dat het gaat om de daadwerkelijk verkregen opbrengst (*wirtschaftlicher Vorteil* respectievelijk *erwas*). Zie KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 118, KK OWiG-Wilts, § 29a, Rn. 12, Drathjer 1997, p. 62, 90-91, Lemke 1999, § 17, Rn. 30, § 29a, Rn. 8.

53 Zie Güntert 1983, p. 34-35, 38-39, LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 12, BGH 14 september 1989, BGHSt 36, 251, NSStZ 1989, p. 572-573, JR 1990, p. 207-209, met kritische noot van J. Meyer, Hildenstab 1990, p. 72-75, Schultehinrichs 1991, p. 10-11, 13-18 (die erop wijst dat het enkele voorhanden hebben van het voordeel niet altijd voldoende is voor het aannemen van de verkrijging), Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 11, en Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73, Rn. 3b. Enigszins anders: BGH 4 november 1982, BGHSt 31, 145, NJW 1983, p. 636-637. Het BGH acht in dit geval de verkrijging van voordeel uit drugshandel vanuit civielrechtelijk oogpunt nietig. In deze zaak was het geld overigens reeds langs andere weg ontnomen. Zie hierover nader de noot van J. Schmid in JR 1983, p. 432. § 73 Abs. 4 StGB stelt voor het overige buiten twijfel dat het *Verfall* ook kan worden toegepast indien de opbrengst naar civielrechtelijke maatstaven nog aan een derde zou toebehoren of toekomen, terwijl deze derde dat geld ter beschikking heeft gesteld in ruil voor de daad (als beloning) of anderszins met wetenschap van het begaan van het strafbare feit. Het gaat derhalve om gevallen waarin de betrokkene *de facto* een (door de derde ter beschikking gestelde) opbrengst (beloning) heeft verkregen. Zie omtrent deze *Drittvertreterklausel* nader: LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 50-53, Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 39-43, en Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73, Rn. 14.

54 In andere procedures, met name die met betrekking tot een eventueel gelegd conservatoir beslag (art. 94a Sv) en het daarop volgend executoriaal verhaal, zijn die civielrechtelijke kwesties wel van belang. Ik denk daarbij met name aan de zogeheten Bucro-problematiek. Daarbij handelt het om gevallen waarin de betrokkene zich formeel ontdoet van zijn vermogen (waaronder mogelijk ook het verkregen voordeel) en dit vermogen onderbrengt bij een stroman, terwijl hij feitelijk gezien de beschikkingsmacht behoudt. Zie HR 9 januari 1996, JOW 1996, 127, HR 9 januari 1996, NJ 1998, 591, m.nt. Sch, JOW 1996, 128, en HR 9 januari 1996, JOW 1996, 129. Vgl. ook HR 31 maart 1998, NJ 1998, 575. Ik ga hier niet nader op in, aangezien het hier primair om een verhaalskwestie draait. Zie voor beschrijvingen en analyses R.M. Hermans 1995, Van Bavel & Doorenbos 1996, R.M. Hermans 1997, Borgers 1997, Vennix 1998, p. 106-108, Nelen & Sabee 1998, p. 131-137, Borgers 1999, p. 55-60, Keulen 1999, p. 145-149, Vennix 1999, p. 320-325, Schaap 1999, p. 306-310, en Lamp 2000, p. 108-112.

55 Art. 36e lid 6 Sr heeft, kort gezegd, betrekking op de vorderingen van de door het betreffende strafbare feit benadeelde derden. Zie nader nr. 435-455.

56 Vgl. voor het Duitse recht ook Müther 1999, p. 58. Voor alle duidelijkheid: met 'beschikking' heb ik hier niet het oog op de beschikkingsbevoegdheid in de zin van art. 3:84 lid 1 BW, maar op de feitelijke macht over het goed.

men een voordeel dat de betrokkene niet daadwerkelijk heeft verkregen, dan wordt hij immers niet in de rechtmatige maar in een nadeliger toestand gebracht. Stel: de betrokkene levert een hoeveelheid drugs in ruil voor de toezegging dat hij de verkoopprijs later zal ontvangen. Indien de afnemer in gebreke blijft en niet betaalt,⁵⁷ kan niet worden gezegd dat de betrokkene het voordeel, de winst, heeft verkregen.⁵⁸ Integendeel, hij heeft een verlies geleden.⁵⁹ Het opleggen van een ontnemingsmaatregel zou die nadelige positie verder versterken.

237. Uit het principe van de daadwerkelijke verkrijging volgt ook het principe van de individuele verkrijging. Dit is relevant indien een strafbaar feit door meerdere daders wordt begaan en het daaruit voortkomende voordeel onderling wordt verdeeld. Voor de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel is het noodzakelijk om te onderzoeken welk deel van de opbrengst door elke dader afzonderlijk is verkregen. Het is niet mogelijk om aan elk van de daders een ontnemingsmaatregel ter hoogte van het gehele voordeel op te leggen, al dan niet met de clausule dat betaling door de één de anderen bevrijdt.⁶⁰ Uitgaande van de daadwerkelijke verkrijging kan men niet tot een dergelijke hoofdelijke aansprakelijkheid komen.⁶¹ De voordeelsberekening moet derhalve op individuele leest geschoeid zijn.⁶²

57 Die niet-betaling moet uiteraard wel in de ontnemingsprocedure aannemelijk worden.

58 Anders: Hof Arnhem 3 oktober 1996, JOW 1997, 55, Rb. Almelo 4 november 1996, JOW 1997, 7, en Rb. Zutphen 7 juli 1999, JOW 2000, 8.

59 Het is overigens niet onmogelijk om de toezegging (de vordering) als voordeelsobject te beschouwen, maar dan rijst de vraag op welk bedrag die niet-voldane vordering moet worden gewaardeerd. Gelet op hetgeen hierna nog over de waarderingsmethode ter sprake komt, kan pas worden gezegd dat die vordering een voordeel in de zin van art. 36e Sr vertegenwoordigt indien het zeker is dat de afnemer op afzienbare termijn toch gaat betalen. Vgl. voor het Duitse recht Güntert 1983, p. 39. Terughoudender zijn LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 13, KK OWiG-Wilts 1989, § 29a, Rn. 12, Hildenstab 1990, p. 72, en Schönte/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 12.

60 Zoals Rb. Maastricht 4 oktober 1995, JOW 1996, 16, en Rb. Den Bosch 24 april 1997, JOW 1998, 73, JOW 1998, 79, wel doen. Vgl. ook Rb. Amsterdam 21 februari 1996, JOW 1996, 185. Bij de schadevergoedingsmaatregel is dit wel denkbaar omdat de rechter op grond van art. 36f lid 2 Sr de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 6:166 lid 1 BW kan toepassen.

61 In deze zin Rb. Groningen 9 augustus 1995, JOW 1996, 109, Rb. Groningen 7 december 1995, JOW 1996, 108, Rb. Almelo 7 december 1995, JOW 1996, 84, Simmelink & Van der Neut 1996, p. 544, en Punt 1997a, p. 131. Impliciet wellicht ook HR 19 mei 1998, JOW 1998, 51. Vgl. voorts Nelen & Sabbe 1998, p. 176-177. De Ontnemingsrichtlijn (richtlijn voor strafvordering bij ontneming), Stcrt. 1998, 164, onderdeel 1.1.3.b., bepaalt dat indien meerdere verdachten hetzelfde feit hebben begaan en er geen inzicht is in de verdeling van de opbrengst, het voordeel geacht wordt ponsd-ponsgewijs te zijn verdeeld. Vgl. ook Rb. Middelburg 29 mei 1997, JOW 1998, 43, en Rb. Rotterdam 6 oktober 1997, JOW 1998, 63. Hieruit spreekt, naast een bewijsvermoeden (zie nader nr. 349-354), een impliciete afwijzing van hoofdelijke aansprakelijkheid. Komt vast te staan welke verdeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, dan speelt dit bewijsvermoeden geen rol meer. Zie Rb. Groningen 18 november 1993, JOW 1996, 93, Rb. Utrecht 16 juni 1995, JOW 1997, 42, en Rb. Dordrecht 21 december 1995, JOW 1997, 96.

62 Vgl. Rb. Breda 28 december 1995, JOW 1998, 64, en voorts Rb. Den Bosch 12 juni 1997, JOW 1998, 16: de enkele huwelijksgemeenschap brengt niet met zich mee dat wanneer een echtgenoot wederrechtelijk verkregen voordeel heeft verkregen, de andere echtgenoot daardoor 'hoofdelijk

Hoofdelijke aansprakelijkheid ter zake van wederrechtelijk verkregen voordeel is in de rechtspraak een enkele keer wel aangenomen.⁶³ Wellicht speelt daarbij de gedachte van de groepsaansprakelijkheid voor een civielrechtelijke onrechtmatige daad. Art. 6:166 lid 1 BW bepaalt namelijk dat alle tot een groep behorende personen hoofdelijk aansprakelijk zijn indien één persoon van die groep onrechtmatige schade toebrengt en de kans op dergelijke schade de leden van de groep had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband.⁶⁴ Het deelnemen aan die groep geldt dan als de onrechtmatige daad ten opzichte van de gelaedeerde.⁶⁵ Art. 6:166 BW is daarmee een uitbreiding van de hoofdregel dat men alleen aansprakelijk is voor de schade die men *zelf* veroorzaakt. Aangezien een aan art. 6:166 BW verwante bepaling in de ontnemingswetgeving ontbreekt,⁶⁶ en vanuit het normatief-reparatoire karakter van die maatregel daaraan ook geen behoefte bestaat, moet worden vastgehouden aan het principe van de daadwerkelijke en dus individuele voordeelsverkrijging.⁶⁷

238. Een variant van hoofdelijke aansprakelijkheid die men in de lagere jurisprudentie soms aantreft, betreft de *toerekening* van voordeel verkregen door een rechtspersoon aan de (natuurlijke) feitelijk leidinggever.⁶⁸ Stel: BV Y begaat een strafbaar feit, waarbij natuurlijk persoon X als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt. X is enig aandeelhouder in en directeur van BV Y. Het wederrechtelijk verkregen voordeel vloeit in het vermogen van BV Y. Kan nu het voordeel bij X worden ontnomen door aan X een ontnemingsmaatregel op te leggen ter hoogte van het voordeel dat zich in het vermogen van Y bevindt? In de lagere jurisprudentie is deze mogelijkheid een aantal maal geaccepteerd.⁶⁹ De grondslag daarvoor ligt in de nauwe verwevenheid tussen de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever, waardoor de feitelijk leidinggever *de facto* de volledige zeggenschap in de rechtspersoon heeft.

voordeel' verkrijgt. Dat neemt overigens niet weg dat de ontnemingsmaatregel in principe op alle goederen van de huwelijksgemeenschap kan worden verhaald. Zie nader Borgers 1999, p. 53 (noot 104).

63 Rb. Maastricht 4 oktober 1995, JOW 1996, 16, en Rb. Den Bosch 24 april 1997, JOW 1998, 73, JOW 1998, 79.

64 Tussen de leden van de groep bestaat een onderlinge draagplicht (art. 6:166 lid 2 BW).

65 Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 93.

66 Bepalingen als art. 140 Sr die in zekere zin een strafrechtelijke groepsaansprakelijkheid scheppen, hebben geen invloed op het uitgangspunt van een individuele voordeelsberekening. Ook wanneer de betrokkene wordt veroordeeld wegens deelname aan een criminele organisatie zal moeten worden onderzocht hoeveel voordeel hij daadwerkelijk door die deelname heeft verkregen. Vgl. in dit verband HR 15 juni 1999, NJ 1999, 591, en nr. 311.

67 Vgl. ook Van der Neut 1997, p. 61, die in dit verband spreekt van een '(...) misplaatste "civilisering" van de voordeelsontneming (...)'.
 68 Ik ben reeds eerder op deze problematiek ingegaan. Zie Borgers 1998a.

69 Rb. Zutphen 22 november 1995, JOW 1996, 86, en Rb. Zwolle 6 maart 1996, JOW 1997, 83. Minder duidelijk is Rb. Zutphen 27 februari 1996, JOW 1996, 122.

Deze toerekening van voordeel verhoudt zich naar mijn mening niet met het principe van de individuele voordeelsverkrijging.⁷⁰ Voor beide daders, X en BV Y, moet afzonderlijk worden vastgesteld hoeveel voordeel zij hebben verkregen uit het begaan van het strafbare feit. Daarbij is alleen de feitelijke situatie van belang. Bevindt al het voordeel zich in het vermogen van BV Y, dan kan dat voordeel alleen in een aan BV Y op te leggen ontnemingsmaatregel worden betrokken.⁷¹ Indien BV Y het voordeel geheel of ten dele heeft doorgesluisd naar X, moet wat dat gedeelte betreft een ontnemingsmaatregel aan X worden opgelegd.⁷² Het enkele feit dat X *de facto* volledige zeggenschap heeft over (het vermogen van) BV Y is nog geen reden het onderscheid tussen beide vermogens te negeren.⁷³

Het is overigens denkbaar dat door de vermogenstoename bij BV Y nog het vermogen van X toeneemt doordat bijvoorbeeld de waarde van zijn aandelen toeneemt.⁷⁴ Dergelijk voordeel is in beginsel voordeel van X dat kan worden ontnomen. Echter, wordt bij BV Y het voordeel ontnomen, dan zal daardoor ook de waardestijging van de aandelen weer komen te vervallen.

5 Het vaststellen van de omvang van het voordeel

5.1 Het wettelijke uitgangspunt: een schatting

239. Indien de rechter heeft kunnen vaststellen dat de betrokkene uit het strafbare feit enigerlei voordeel heeft verkregen, komt de vraag aan de orde welke omvang dat voordeel heeft. Aangezien de ontnemingsmaatregel in de vorm van een

70 Zo ook Rb. Almelo 7 december 1995, JOW 1996, 84, Rb. Den Bosch 2 mei 1996, JOW 1997, 8, en Rb. Groningen 23 juli 1998, JOW 1999, 28.

71 Voor zover de geldstromen binnen BV Y niet of in onvoldoende mate zijn te traceren, kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat, indien vaststaat dat het voordeel primair door BV Y is verkregen, het betreffende voordeel binnen het vermogen van de vennootschap is gebleven. Naar aanleiding van een eventueel verweer van BV Y kan wellicht nader onderzoek volgen.

72 Vgl. ook Rb. Den Haag 14 mei 1996, JOW 1997, 60.

73 De vermogens van de rechtspersoon en van de feitelijk leidinggever zijn doorgaans duidelijk van elkaar te onderscheiden. Zodoende kan worden bepaald waar het voordeel feitelijk terecht is gekomen. Anders dan Keulen 1999, p. 87, zou ik niet over de band van de voordeelsverkrijging een soort vereenzelvingsconstructie willen aannemen. Vgl. ook Van Bavel & Doorenbos 1996, p. 1210. Dat zou ook zinloos zijn omdat er in dat geval, gelet op de Bucro-problematiek, geen verhaal kan worden genomen op grond van die vereenzelviging. Zie daarover noot 54. Ter doorbreking van die problematiek is een vereenzelviging op het niveau van de voordeelsverkrijging voorts niet wenselijk. De oplossing moet mijns inziens worden gezocht in het aanvaarden van de (civielrechtelijke) aansprakelijkheid van de stroman vanwege het frustreren van het verhaal. Daarover Borgers 2000, p. 1437-1438.

74 Dit is mogelijk omdat het gaat om de rechtspersoon met één aandeelhouder. Bij bijvoorbeeld een beursgenoteerde vennootschap laat het in de hoofdstekst geduide verband zich hoogst waarschijnlijk niet vaststellen.

betalingsverplichting wordt opgelegd, is het zaak het wederrechtelijk verkregen voordeel op een geldbedrag vast te stellen.⁷⁵ Art. 36e lid 4 Sr stelt, in de eerste volzin van die bepaling, dat de rechter het bedrag vaststelt waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt *geschat*.

Het uitgangspunt van art. 36e lid 4 Sr dat de vaststelling van de omvang van het voordeel aan de hand van een schatting geschiedt, is een bewuste keuze van de wetgever. Een nauwkeurige vaststelling van het voordeel is, zo luidt de motivering, veelal praktisch niet haalbaar.⁷⁶ De achterliggende veronderstelling lijkt te zijn dat het eisen van een nauwkeurige vaststelling het opleggen van een ontnemingsmaatregel soms zo goed als onmogelijk maakt. In welke mate de rechter voor dat doel van die nauwkeurige vaststelling mag afwijken, wordt evenwel niet aangegeven. Het lijkt redelijk om te veronderstellen dat de rechter niet 'met de natte vinger' te werk mag gaan,⁷⁷ maar ook die grens is niet heel duidelijk. Vergelijking met het Duitse recht en met de bevoegdheid tot het schatten van de schade kan aanknopingspunten opleveren voor een nadere normering.

5.2 Externe en interne rechtsvergelijking

240. Op grond van § 73b StGB kan 'der Umfang des Erlangten und dessen Wert' worden geschat.⁷⁸ Anders dan in het Nederlandse recht is een schatting niet de hoofdregel maar een bevoegdheid. Die bevoegdheid is primair bedoeld voor die gevallen waarin de rechter niet met afdoende zekerheid kan vaststellen welke vorm of welke precieze hoogte de opbrengst heeft. Uitgangspunt is dus een nauwkeurige vaststelling van de opbrengst. Wel wordt nog aanvaard dat, indien de precieze vaststelling van de opbrengst onevenredig veel moeite kost, een schatting op grond van proceseconomische overwegingen geboden kan zijn.⁷⁹

Voor de wijze waarop de schatting in die gevallen moet plaatsvinden, maakt het BGH een onderscheid tussen het relevante feitencomplex, de 'Schätzungsgrundlage', en de daarop gebaseerde schatting. Het BGH stelt hierover:

75 Hieruit vloeit een zekere beperking van het voordeelsbegrip voort. Niet op geld waardeerbare voordelen komen niet voor ontneming in aanmerking. Keulen 1999, p. 87, noemt als voorbeeld het geestelijk genot dat de betrokkene beleeft aan het begaan van het strafbare feit.

76 Memorie van Toelichting, p. 11. De Commissie Vermogensstraffen heeft eveneens de bevoegdheid om het voordeel te schatten verbonden aan het praktische probleem dat het behaalde voordeel niet altijd nauwkeurig is vast te stellen. Zie nr. 68.

77 Vgl. Nijboer 2000, p. 335, die spreekt van een 'serieuze schatting'.

78 De onderscheiding tussen de omvang van het verkregene en de waarde daarvan hangt samen met het feit dat het *Verfall* van § 73 StGB primair uitgaat van de ontneming van voorwerpen, hetgeen eventueel is te vervangen door de ontneming van de *Wertersatz*. Zie daarover nr. 87.

79 LK-Schäfer 1985, § 73b, Rn. 1, Schulteheinrichs 1991, p. 67-68, Hellmann 1997, p. 518, en Schönte/Schröder-Eser 1997, § 73b, Rn. 1, 6. Hellmann 1997, p. 506, wijst nog op een derde grond: de aard van het verkregen voorwerp maakt het per definitie onmogelijk om de opbrengst vast te stellen, bijvoorbeeld omdat er geen markt(prijs) voor dat type voorwerp bestaat.

Er [de rechter; MJB] darf sich insbesondere nicht von bloßen Vermutungen leiten lassen. Er hat sich vielmehr, wie in allen Fällen, in denen der Beweis eines für den Angeklagten sprechenden Umstands nicht zu erbringen ist (...), aufgrund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme eine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieses Umstandes zu bilden, um die Festsetzung eines der Wirklichkeit nahekommenden Schätzwertes zu ermöglichen.⁸⁰

Kortom: de rechter moet op grond van alle bewijsmiddelen overtuigd zijn van de (gestelde) feiten. Vervolgens kan hij een zo waarheidsgetrouwe schatting daarop baseren.⁸¹

De bevoegdheid tot het schatten van de opbrengst wordt voorts gegeven in § 29a Abs. 3 OWiG.⁸² Aan deze bepaling wordt een soortgelijke betekenis toegekend als aan § 73b StGB: de schatting vindt pas plaats indien een nauwkeurige vaststelling niet mogelijk is. De schatting mag daarbij niet op willekeur berusten en moet op basis van vastgestelde feiten plaatsvinden.⁸³

241. Art. 6:97 tweede volzin BW schrijft voor dat de rechter, indien de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, deze schat.⁸⁴ Evenals in het Duitse recht geldt in het (Nederlandse) schadevergoedingsrecht het principe dat een schatting in principe pas in aanmerking komt indien een nauwkeurige vaststelling niet mogelijk is. Waar het omslagpunt tussen een nauwkeurige vaststelling en een schatting ligt, is in zijn algemeenheid niet aan te geven.⁸⁵ Van belang lijkt met name de aard van de schade te zijn. Toekomstige inkomensschade en schade aan voorwerpen waar geen markt(prijs) voor bestaat, zijn bijvoorbeeld

80 BGH 24 april 1989, NStZ 1989, p. 361, wistra 1989, p. 223. Voorts BGH 10 juni 1999, NStZ-RR 2000, p. 57-58: 'Dies [de schatting; MJB] bedeutet, dass sich der Tatrichter, ausgehend von einer auf Grund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme sicheren Schätzungsgrundlage, mit einer Wertannahme begnügen kann (...)' Zie ook Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73b, Rn. 6.

81 Kritisch over deze rechtspraak is Hellmann 1997, p. 523. De geciteerde uitspraak van het BGH zou een 'Leerformel' zijn omdat het BGH niet aangeeft onder welke voorwaarden feiten tot de overtuiging van de rechter mogen leiden.

82 Voor wat betreft de *Mehrerlösabführung* is een bevoegdheid tot schatting gegeven in § 8 Abs. 3 WiStGen § 81 Abs. 2 GWB. Daarover Drathjer 1997, p. 111-114, en Müther 1999, p. 96-97. Nieuwe gezichtspunten leveren deze bepalingen niet op.

83 Zie KK OWiG-Wilts 1989, § 29a, Rn. 21, en Drathjer 1997, p. 111-114, 201 (die een schatting op proceseconomische gronden overigens afwijst). § 17 Abs. 4 OWiG staat een schatting niet expliciet toe. Doorgaans wordt aangenomen dat die bevoegdheid wel bestaat. Zie daarover Sannwald 1986b, p. 320, KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 127, Göhler 1998, § 17, Rn. 43, en Müther 1999, p. 70-73, maar ook Drathjer 1997, p. 114-115.

84 Zie over deze bepaling nader Lindenbergh in: Bloembergen e.a. (losbl.), aant. 20 op art. 97 (suppl. 24).

85 Als abstracte notie kan wel worden genoemd dat de mogelijkheid van een schatting beoogt te voorkomen dat de vordering in zijn geheel moet worden afgewezen enkel omdat een nauwkeurige vaststelling van de schade niet mogelijk is. Daardoor zou tevens de onderliggende norm – het toekennen van schadevergoeding indien daar op grond van het materiële recht aanspraak op wordt gemaakt – niet meer te verwezenlijken zijn. Zie Giesen 2001, p. 474 (noot 140).

onmogelijk nauwkeurig vast te stellen.⁸⁶ Een vereiste is in ieder geval wel dat de schatting plaatsvindt op basis van vastgestelde feiten waarop in het algemeen het geleden zijn van de schade kan worden afgeleid.⁸⁷ Een willekeurig schatting wordt zodoende vermeden.⁸⁸

Voor de wijze van schatting is voorts van belang van welk schadebegrip men uitgaat. Er kunnen grofweg twee benaderingen worden onderscheiden.⁸⁹ Allereerst kan men schade als normatief begrip opvatten. Schade is dan alleen dat nadeel dat voor vergoeding in aanmerking komt en is daarmee een normatieve of juridische aangelegenheid.⁹⁰ Beschouwt men schade als feitelijk begrip, dan is het zaak eerst vast te stellen in welke feitelijke situatie de benadeelde tengevolge van de gebeurtenis is komen te verkeren. Vervolgens kan worden onderzocht welke maatregelen er moeten worden getroffen om te komen te verkeren in de rechtmatige toestand en in hoeverre die maatregelen voor vergoeding in aanmerking komen.⁹¹

Deze schadebegrippen kennen een zekere overlap. Zo behoeft ook het feitelijke schadebegrip een nadere normering, bijvoorbeeld voor wat betreft de vraag welke nadelige gevolgen nog in (voldoende) verband staan met de gebeurtenis om als schade te kunnen gelden.⁹² Een dergelijke verband zit in een normatief schadebegrip reeds 'ingebakken'. Het onderscheid tussen het normatief en het feitelijke schadebegrip is dan ook niet polair.⁹³ Het feitelijke schadebegrip kent voor wat betreft de schatting mijns inziens niettemin een meerwaarde boven het normatief schadebegrip. De feitelijke benadering maakt een duidelijk onderscheid tussen de gevolgen die een bepaalde gebeurtenis teweeg brengt en de daarop volgende herstelreactie (de schadevergoeding). Dat onderscheid is van belang omdat voor de vaststelling van een adequate herstelreactie een helder beeld van de gevolgen van de gebeurtenis in het concrete geval zonder meer noodzakelijk is.⁹⁴ Het normatieve schadebegrip onttrekt deze feitelijke basis van de schatting/vaststelling ten dele aan het zicht.⁹⁵

86 Zie Barendrecht & Storm 1995, p. 338, en Asser-Hartkamp 4-I 2000, nr. 416.

87 HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746, en HR 15 november 1996, NJ 1998, 314, m.nt. F.W. Grosheide.

88 Vgl. Spoelder 1966, p. 25, die stelt dat de rechter er naar moet streven om het bedrag van de schade zo goed mogelijk te benaderen.

89 Barendrecht & Storm 1995, p. 13-15. Zie ook het overzicht van Lindenberg in: Bloembergen e.a. (losbl.), aant. 4 op art. 95 (suppl. 24).

90 In deze zin bijvoorbeeld Bloembergen 1965, p. 11, Brunner 1997, p. 63-64, en Spier 1998, p. 8.

91 Zie naast Asser-Hartkamp 4-I 2000, nr. 409, vooral Barendrecht 1985, en de nadere uitwerking daarvan in Barendrecht & Storm 1995, met name p. 28-44.

92 Vgl. Asser-Hartkamp 4-I 2000, nr. 409a.

93 Zie over het (relatieve) onderscheid nader: Barendrecht & Storm 1995, p. 40-44, Spier 1998, p. 7, en Asser-Hartkamp 4-III 2000, nr. 409a. Het uitgangspunt van de schadevergoeding – kort gezegd: het herstel van de oude/rechtmatige situatie – lijkt niet in het geding te zijn. Vgl. Bloembergen 1996, p. 304-305.

94 Zie voor een nadere uitwerking van het in de hoofdttekst gestelde met name Barendrecht 1985, p. 791-793, en Barendrecht & Storm 1995, p. 28-31.

95 Barendrecht & Storm 1995, p. 15-16.

5.3 Normering van de schatting ex art. 36e lid 4 Sr

242. De rechtsvergelijking biedt naar mijn mening interessante aanknopingspunten voor een normering van het uitgangspunt van art. 36e lid 4 Sr dat de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat. Die normering omvat het aanvaarden van twee uitgangspunten.

Het eerste uitgangspunt bestaat eruit dat er, in navolging van het BGH, een onderscheid wordt gemaakt tussen de feitelijke basis en de daarop gegronde vaststelling/schatting.⁹⁶ Die feitelijke basis moet deugdelijk zijn, zodat de 'bewerking' van die feiten naar het in een geldbedrag uitgedrukte behaalde voordeel niet reeds op onjuist vastgestelde of veronderstelde feiten is gebaseerd. Hiermee wordt tevens duidelijk dat het voordeelsbegrip uiteenvalt in een feitelijke en een normatieve component.⁹⁷ Dat laatste is de eigenlijke voordeelsberekening, waarbij wordt onderzocht welke betalingsverplichting gelet op de vastgestelde feiten leidt tot het beoogde rechtsherstel. In die zin zou men, gelet op hetgeen over het schadebegrip is opgemerkt, kunnen stellen dat het bij art. 36e lid 4 Sr gaat om een *feitelijk voordeelsbegrip*.

Voor de verdere behandeling van het voordeelsbegrip heeft dit eerste uitgangspunt mogelijk consequenties. Het komt wellicht logisch voor dat thans eerst de vaststelling van feiten in de ontnemingsprocedure aan de orde komt, en daarna de normatieve component van het voordeelsbegrip. Ik heb niet voor die volgorde gekozen. De vaststelling van feiten in de ontnemingsprocedure, anders gezegd: het in die procedure geldende bewijsrecht, is dermate complex dat zulks een afzonderlijk hoofdstuk rechtvaardigt. Daar komt bij dat de logica van de volgorde minder dwingend is dan zij wellicht lijkt. De feitelijke en de normatieve component beïnvloeden elkaar over en weer.⁹⁸

243. Ten tweede, de vaststelling van de omvang van het voordeel moet, gelet op de omstandigheden van het concrete geval, *zo nauwkeurig mogelijk* geschieden. Indien een berekening tot op de cent nauwkeurig redelijkerwijs haalbaar is, dient dat ook te gebeuren. De praktische haalbaarheid, dat wil zeggen: proceseconomische overwegingen, speelt daarbij een marginale rol. Alleen indien een nauwkeurige vaststelling onevenredig veel inspanning vergt, is een minder precieze schatting aanvaardbaar. Het belang van de betrokkene dat de aantasting van zijn vermogen

96 Aan art. 511f Sv, op grond waarvan de schatting op wettige bewijsmiddelen moet zijn ontleend, lijkt dit uitgangspunt ten grondslag te liggen. Vgl. Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242. Zie echter ook nr. 327-329.

97 Een scherp onderscheid daartussen valt overigens niet te maken nu de vraag welke feiten relevant zijn, wordt bepaald door de normatieve component van het voordeelsbegrip. Vgl. daarover ook Baumann 1997, p. 154-155.

98 Vgl. naast de vorige noot ook nr. 256 en 315.

niet verder strekt dan het daadwerkelijk verkregen voordeel, vereist dat een nauwkeurige vaststelling van het voordeel niet onmiddellijk vanuit het oogpunt van efficiëntie achterwege mag worden gelaten.

244. De twee genoemde uitgangspunten laten zich samenvatten in de regel dat de rechter op basis van een deugdelijke vaststelling van de feitelijke omstandigheden zo nauwkeurig mogelijk het wederrechtelijk verkregen voordeel moet vaststellen, waarbij onder vaststelling, zo daartoe aanleiding is, ook een schatting kan worden verstaan. Op deze wijze zou ik de eerste volzin van art. 36e lid 4 Sr willen opvatten. In de tekst van die bepaling komt dat, zoals is gebleken, niet tot uitdrukking. Het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel biedt daarvoor wel het fundament. Het is immers zaak te voorkomen dat de vaststelling/schatting al te zeer afwijkt van de omvang van het voordeel zoals de betrokkene dat daadwerkelijk heeft verkregen.

5.4 *Voordeelsberekening en bedrijfseconomie*

245. Naast de feitelijke component is ook de normatieve component, de eigenlijke voordeelsberekening, relevant. In het vervolg van dit hoofdstuk komen de daaraan ten grondslag liggende principes aan bod. Daaraan voorafgaand past nog een korte opmerking over de mogelijke functie van bedrijfseconomische inzichten voor het voordeelsbegrip. Het cijfermatige aspect van de voordeelsberekening doet wellicht vermoeden dat voordeelsberekening meer met economie te maken heeft dan met strafrecht. Het tegendeel is echter waar. Hoezeer bedrijfseconomische inzichten en modellen ook van pas kunnen komen, de structuur en de inhoud van het voordeelsbegrip wordt bepaald door art. 36e Sr en in het bijzonder door het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel. Bij de toepassing van bedrijfseconomische inzichten moet daarom altijd in het oog worden gehouden of deze zich laten verenigen met (de grondslag van) het voordeelsbegrip dat aan de ontnemingsmaatregel ten grondslag ligt.⁹⁹

6 De waarderingsmethode

6.1 *Inleiding*

246. Het wederrechtelijk verkregen voordeel zal niet steeds bestaan uit (contant of giraal) geld. Het kan ook om stoffelijke voorwerpen gaan. Omdat de ontnemings-

99 Zie voor een bedrijfseconomische benadering van het voordeelsbegrip Niessen 1998, en Vermeulen 1999. Pfeiffer 2000, p. 265-269, kent een groter gewicht toe aan de rol van de bedrijfseconomie.

maatregel in de vorm van een betalingsverplichting wordt opgelegd, moet de rechter de waarde van die voorwerpen bepalen. In de wet en de wetsgeschiedenis is niet (dwingend)¹⁰⁰ voorgeschreven welke waarderingsmethode de rechter moet toepassen.¹⁰¹ De vraag hoe die waardering moet geschieden, heeft in de ontnemingspraktijk en de literatuur tot veel discussie geleid.¹⁰² Inmiddels is er in de jurisprudentie meer duidelijkheid ontstaan over de te hanteren methode.¹⁰³

In deze paragraaf beschrijf ik de waarderingsmethode die aan art. 36e Sr ten grondslag ligt.¹⁰⁴ Allereerst sta ik stil bij de principiële discussie hierover in de literatuur. Vervolgens ga ik in op de rechtspraak over dit onderwerp. Naar aanleiding daarvan behandel ik de vraag of er sprake zou kunnen zijn van een beperkte objectivering van het voordeelsbegrip en bespreek ik de naar aanleiding van deze rechtspraak gewijzigde Ontnemingsrichtlijn. Tot slot komen de bijzondere waarderingsmethoden van art. 36e lid 4 Sr aan bod.

247. Alvorens over te gaan tot de bespreking van de waarderingsmethode is het zinvol aan de hand van een voorbeeld een aantal mogelijke visies op de waardering van verkregen voorwerpen te onderscheiden. In het navolgende val ik een aantal maal terug op dit voorbeeld. Stel: A steelt een vrijwel nieuwe fiets. Deze fiets heeft een legale marktwaarde (winkelprijs) van f 750. A verkoopt de fiets korte tijd na de diefstal aan heler B voor f 100. B verkoopt vervolgens vanuit zijn garage de fiets voor f 250. Hoeveel voordeel hebben A en B nu verkregen?

Men zou kunnen betogen dat het voordeel van A f 750 is. Hij heeft immers een fiets gestolen met die winkelwaarde. Men zou echter ook het voordeel van A op f 100 kunnen stellen, het bedrag dat hij aan de diefstal heeft overgehouden.

Ten aanzien van het voordeel van B kan men eveneens van mening verschillen. Is het voordeel van B nu de concreet behaalde verkoopopbrengst ad f 150 (f 250 - f 100) of de winst die de verkoper zou hebben kunnen behalen, te weten f 650

100 Wel noemt art. 36e lid 4 Sr twee mogelijke waarderingsmethoden. Later in deze paragraaf zal blijken dat die methoden weinig praktische waarde hebben (zie nr. 267-268).

101 Een dergelijke methode heeft men wel nodig. Het enkele begrip 'waarde' heeft weinig betekenis. Vgl. bijvoorbeeld Van Mourik 1979, p. 579, die alleen al 50 verschillende waardebegrippen voor het privaatrecht en het fiscale recht onderscheidt, en Barendrecht 1985, p. 791. Zie ook Vermeulen 1999, p. 80, 85-86, die een kort overzicht geeft van bedrijfseconomische en fiscale waarderingsprincipes.

102 Zie Nelen & Sabee 1998, p. 166. Mede op grond van eigen ervaring kan ik stellen dat de waarderingsmethode in elk geval tot, maar ook nog wel na, het wijzen van het arrest van 1 juli 1997 (NJ 1998, 242, m.nt. JR) door de Hoge Raad één van de meest besproken thema's is geweest in de ontnemingspraktijk.

103 Zie voor een kort overzicht van de ontwikkelingen op dit terrein Beckers 1999, p. 157-160.

104 Vergelijking met het Duitse recht blijft, op een enkele literatuurverwijzing na, achterwege. De waardering van voorwerpen op een bepaalde waarde maakt weliswaar onderdeel uit van de *Wertersatz*-bepaling van § 73a StGB, maar er is weinig materiaal daarover voorhanden. Kilchling 2000, p. 248-249, wijst erop dat, naar zijn mening ten onrechte, in de Duitse praktijk het *Wertersatzverfall* als een uitzondering wordt beschouwd.

(f 750 - f 100)? Dat is afhankelijk van wat men als uitgangspunt hanteert: de waarde in het criminele circuit of de legale marktwarde, de winst die men daadwerkelijk behaalt of de winst die men had kunnen behalen (potentiële winst).

6.2 De waarderingsmethode in de literatuur en de oude Ontnemingsrichtlijn

6.2.1 Inleiding

248. Een belangrijke voedingsbron voor het debat over de waarderingsmethode is het standpunt van de zijde van het Openbaar Ministerie geweest, meer in het bijzonder¹⁰⁵ van het Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie (BOOM) en de voorloper daarvan: het Centraal Advies- en Beheerbureau Beslag (CABB).¹⁰⁶ Het BOOM is nauw betrokken geweest bij de totstandkoming van de (oude en herziene) Ontnemingsrichtlijn, waarin onder meer het voordeelsbegrip wordt gedefinieerd.¹⁰⁷ De visie van het Openbaar Ministerie op het voordeelsbegrip is in de literatuur uitgebreid besproken en bekritiseerd. Met name Simmelink en Van der Neut hebben fundamentele bezwaren aangevoerd.¹⁰⁸ In het debat staat onbetwist vast dat het uitgangspunt van de ontnemingsmaatregel *rechtsherstel* is. Dit uitgangspunt wordt door de participanten aan het debat echter anders uitgewerkt.

6.2.2 Het standpunt van de oude Ontnemingsrichtlijn

249. In de eerste versie van de Ontnemingsrichtlijn van het Openbaar Ministerie wordt met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr gesteld: 'Het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt per delict bepaald door de waarde waarmee het vermogen van de betrokken persoon op het moment van de voltooiing van het strafbare feit is toegenomen.'¹⁰⁹ Twee elementen derhalve zijn van belang: de *waarde* waarmee het vermogen toeneemt, en het *moment* waarop het vermogen toeneemt. Ten aanzien

105 De visie van het Openbaar Ministerie op het voordeelsbegrip is ook terug te vinden in een rapport van een door de Adviescommissie Wetgeving voor het Openbaar Ministerie ingestelde werkgroep onder voorzitterschap van J. Wortel. Dit tekst van het rapport is vastgesteld voor het hierna te bespreken arrest van 1 juli 1997 (NJ 1998, 242, m.nt. JR). Zie nader het rapport-Wortel 1997, p. 3-12.

106 Het CABB is opgericht in mei 1994. In 1996 is het CABB overgegaan in het BOOM. Vgl. Punt 1997b, p. 285, en Blom 1998, p. 281-282. Het BOOM vormt een landelijke dienst die ressorteert onder het College van P-G's. Zie Organisatieregeling dienstonderdelen OM, regeling van de minister van Justitie van 15 december 1997, Stcrt. 1997, nr. 248. In deze regeling wordt overigens gesproken van het Bureau Ontnemingen Openbaar Ministerie, in plaats van Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie. Deze laatste naam wordt door het BOOM zelf gehanteerd.

107 Zie over de standpunten van het CABB met betrekking tot het voordeelsbegrip nader Simmelink & Van der Neut 1996, *passim*.

108 Simmelink & Van der Neut 1996, p. 534-540, Van der Neut & Simmelink 1997, p. 138-141, en Van der Neut & Simmelink 1999, p. 129-130.

109 Ontnemingsrichtlijn (oud), Stcrt. 1997, nr. 37, par. VI.1.

van de waarde stelt de (oude) Ontnemingsrichtlijn dat in geval van de toe-eigening van een voorwerp moet worden uitgegaan van de geobjectiveerde waarde van het voorwerp in het economische verkeer.

250. In de literatuur is door H.G. Punt – namens het BOOM – een nadere toelichting gegeven op de definitie van het voordeelsbegrip zoals dat in de eerste versie van de Ontnemingsrichtlijn is neergelegd.¹¹⁰ Punt geeft daarin aan dat er met betrekking tot het voordeelsbegrip drie uitgangspunten gelden:¹¹¹

- de ontnemingsmaatregel beoogt een herstel in de oude, rechtmatige toestand;
- de ontnemingswetgeving heeft een hybride karakter omdat de wetgeving naast strafrechtelijke ook civielrechtelijke kenmerken in zich draagt;¹¹²
- onder voordeel is ook besparing van kosten begrepen.

Het eerste uitgangspunt vertaalt zich in de visie van het BOOM in het civiele schadebegrip (*in integrum restitutio*). Het verkregen voordeel komt overeen met het geleden nadeel en daarmee met het bedrag van de civielrechtelijke schadevergoeding.¹¹³ Het bedrag van de schadevergoeding zal doorgaans gelijk zijn aan de waarde van de voorwerpen op de legale markt. Het voordeel van A is in het gegeven voorbeeld dan f 750.

Het tweede uitgangspunt ondersteunt volgens het BOOM deze gelijkstelling van het voordeel aan het nadeel. De relevantie van het civiele schadebegrip past allereerst goed bij het gegeven dat de ontnemingswetgeving civielrechtelijke kenmerken in zich draagt. Voorts, de 'fictie/essentie' van de ontnemingswetgeving is dat het Openbaar Ministerie de positie van de benadeelde overneemt, wanneer deze zelf geen actie onderneemt of kan ondernemen. Ook art. 36e lid 6 Sr zou impliceren dat het voordeel gelijk moet zijn aan het nadeel. Zo niet, dan zou het kunnen voorkomen dat het in mindering te brengen bedrag groter is dan het verkregen voordeel.¹¹⁴

Het verkregen voordeel moet volgens het BOOM worden bepaald naar het moment van voltooiing van het delict. Alleen wanneer de omvang van het voordeel naderhand toeneemt (vervolgprofijt), mag naar een later moment worden gekeken. Dat A de gestolen fiets voor minder dan de marktprijs aan een heler verkoopt, doet volgens het BOOM niet ter zake. Het voordeel bestaat uit de waarde van de fiets naar het moment van voltooiing van het delict.¹¹⁵

¹¹⁰ Punt 1997a, p. 122-129. Zie ook Punt 1997b, p. 286-288.

¹¹¹ Punt 1997a, p. 124.

¹¹² Vgl. Memorie van Toelichting, p. 52-53.

¹¹³ Punt 1997a, p. 124-125.

¹¹⁴ Punt 1997a, p. 125-126. Het derde uitgangspunt wordt door Punt niet nader uitgewerkt, maar die uitwerking laat zich wel denken: indien bepaalde voorwerpen niet door middel van een strafbaar feit zouden zijn verkregen, had de betrokkene deze via de legale markt moeten aanschaffen en had hij dientengevolge de marktprijs moeten betalen.

¹¹⁵ Punt 1997a, p. 128-129.

251. Er kan in de visie van het BOOM onder omstandigheden een uitzondering worden gemaakt op de bovenstaande principes, en wel in die zin dat de betalingsverplichting lager wordt vastgesteld dan het verkregen voordeel. Indien de betrokkene bewijst dat zijn daadwerkelijke voordeel lager is dan de geleden schade, de marktwaarde, kan de rechter 'wellicht' de betalingsverplichting op het bedrag van het daadwerkelijke voordeel stellen. Hetzelfde geldt wanneer de betrokkene bewijst dat hij een voorwerp heeft gestolen, terwijl er op dat moment al een afspraak met een heler gemaakt was om het betreffende voorwerp aan deze heler te verkopen. Is de beslissing om het voorwerp te helen pas later genomen, dan geldt in beginsel de marktwaarde als het verkregen voordeel. Maar indien er ook voordeel wordt ontnomen bij de heler, kan eventueel de ontnemingsmaatregel die aan de dief is opgelegd weer worden herzien (art. 577b Sv).¹¹⁶

Meer in het algemeen stelt Punt nog dat latere, na de voltooiing van het strafbare feit, opgetreden omstandigheden 'wellicht' aan de orde kunnen komen bij de vaststelling van de betalingsverplichting.¹¹⁷ Erg helder en consistent zijn al deze uitzonderingen niet. De algemene lijn is echter duidelijk: het uitgangspunt is niet het daadwerkelijk verkregen voordeel, maar de betreffende voorwerpen moeten in beginsel worden gewaardeerd naar hun waarde op de legale markt.

252. De oude Ontnemingsrichtlijn is geënt op een bepaalde uitleg van het begrip rechtsherstel. Blijkens de toelichting van het BOOM is dit hetzelfde type rechtsherstel als bij de schadevergoeding. Dit wekt zonder meer verbazing. Uit het onderzoek naar het karakter van de ontnemingsmaatregel is immers gebleken dat het gaat om rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene en *niet* vanuit het perspectief van de benadeelde.¹¹⁸ Punt geeft echter aan dat de parlementaire stukken *wel* voldoende aanknopingspunten bieden voor de gelijkschakeling van voordeel en nadeel.¹¹⁹ Waar zit nu het verschil?

Punt baseert zijn toelichting op een aantal citaten uit de parlementaire geschiedenis. Eén van die citaten valt op.¹²⁰ Punt stelt dat op pagina acht van de Memorie van Toelichting de volgende zin staat: 'De vermogensmaatregel beoogt teruggave van wederrechtelijk ontvreemde of verkregen voorwerpen of de tegenwaarde daarvan.' Aan dit citaat hecht Punt kennelijk veel waarde, nu hij

116 Punt 1997a, p. 126-127.

117 Punt 1997a, p. 128. Zie ook het rapport-Wortel 1997, p. 9.

118 Zie nr. 96 en 117.

119 Punt 1997a, p. 122-123.

120 De overige vier citaten, genoemd door Punt 1997a, p. 122-123, laat ik verder rusten. Deze citaten geven mijns inziens in elk geval geen basis voor het standpunt van het BOOM, te meer omdat een aantal daarvan te zeer buiten hun context zijn geplaatst. Vgl. ook Van der Neut & Simmelink 1997, p. 139.

benadrukt dat het begrip tegenwaarde ook in art. 117 lid 2 sub c Sv voorkomt. In die bepaling zou met tegenwaarde de marktwaarde worden bedoeld.¹²¹

De geciteerde zin staat echter niet letterlijk op pagina acht van de Memorie van Toelichting, en ook niet op enige andere plaats in de parlementaire stukken. Wel staat er op pagina acht te lezen: 'In de sfeer van de vermogenssancties is het belangrijkste verschil tussen de vermogensstraf en de *vermogensmaatregel*, dat met de straf *beoogd* wordt aan de dader vanwege zijn gedrag en zijn schuld daaraan een bepaald leed toe te voegen. Een toevoeging, die door het herstel van de schade of *teruggave van wederrechtelijk ontvreemde of verkregen voorwerpen of de tegenwaarde daarvan*, niet wordt bewerkstelligd.'¹²² De zin van Punt kan uit dit citaat worden geconstrueerd, zoals uit de cursiveringen mag blijken. Inhoudelijk bestaat er echter een groot verschil tussen het citaat van Punt en het echte citaat. Het echte citaat heeft niet enkel betrekking op de doelstelling van de ontnemingsmaatregel, maar lijkt een mix te hanteren van de schadevergoedingsmaatregel, andersoortige schadevergoeding en de teruggave van in beslag genomen voorwerpen. Zeker nu er geen specifieke vermogensmaatregel wordt genoemd, is dit citaat van weinig betekenis.

253. De grondslag voor de gelijkschakeling van het voordeel met het geleden nadeel vindt dus geen steun in de parlementaire stukken.¹²³ De visie van het BOOM lijkt echter ook nog op een ander gezichtspunt te rusten, al wordt dat niet expliciet uitgesproken. Indien bij de vaststelling van de omvang van het voordeel mag worden aangesloten bij de objectieve waarde van voorwerpen (bijvoorbeeld ANWB-prijslijsten voor auto's), behoeft het Openbaar Ministerie bij het opstellen van de ontnemingsvordering en daarop volgende bewijsvoering geen rekening te houden met en dus ook geen onderzoek te doen naar de concrete omstandigheden van het geval. De vraag welke waarde bepaalde voorwerpen vertegenwoordigen in een helerscircuit, is dan niet relevant. Een objectieve benadering voorkomt zodoende dat het Openbaar Ministerie in zijn bewijsvoering al te zeer afhankelijk wordt van het feit of de betrokkene bereid is openheid van zaken te geven.¹²⁴ Vanuit dit perspectief wordt duidelijk waarom er bereidheid bestaat de betalingsverplichting

121 Punt 1997a, p. 123.

122 De cursiveringen zijn door mij toegevoegd. De reden daarvoor blijkt uit het vervolg van de hoofdtekst.

123 Vgl. ook nog Keijser-Ringnalda 1997, p. 317, die erop wijst dat het draagkrachtbeginsel op zowel de ontnemingsmaatregel als de civielrechtelijke schadevergoeding niet van toepassing is. Nog afgezien van het feit dat inhoudelijk op die stelling wel één en ander valt af te dingen (zie nr. 481-483), kan enkel uit een overeenkomst logischerwijs nog niet volgen dat het gaat om begrippen van gelijke inhoud.

124 Vgl. ook Poelert 1997, p. 11, en Keijser-Ringnalda 1997, p. 317. Zie ook het rapport-Wortel 1997, p. 4, 8.

lager te stellen in gevallen waarin de werkelijke gang van zaken door de betrokkene wel uit de doeken wordt gedaan.

6.2.3 *De kritische ontvangst in de literatuur*

254. De definitie van het voordeelsbegrip zoals neergelegd in de eerste versie van de Ontnemingsrichtlijn en de daarop gegeven toelichting is, zoals gezegd, in de literatuur zonder meer kritisch ontvangen. De kern van deze kritiek bestaat er uit dat, anders dan de oude Ontnemingsrichtlijn voorstaat, het voordeel moet zijn gebaseerd op de feitelijke vermogensaanwas van de betrokkene en niet op de schade van de benadeelde.¹²⁵

Gelet op het uitgangspunt dat de ontnemingsmaatregel is gericht op het daadwerkelijk door de betrokkene verkregen voordeel, hoeft het voordeel niet te worden gewaardeerd op de officiële waarde van voorwerpen in het reguliere (legale) economische verkeer. Er moet daarentegen rekening worden gehouden met aspecten zoals de wijze waarop de verkregen voorwerpen worden aangewend – ten eigen behoeve of bestemd voor de handel – en het (legale of illegale) circuit waarin de voorwerpen eventueel worden verhandeld.¹²⁶ Per geval zal het voordeel moeten worden berekend op grond van de concrete omstandigheden van dat geval.

Wat betekent dit voor het hiervoor gegeven voorbeeld, waarin A een fiets steelt en deze verkoopt aan heler B? In dit geval steelt A de fiets niet met de bedoeling deze zelf te gaan gebruiken, maar met het oog op de verkoop van de fiets. Het voordeel is de daadwerkelijke verkoopopbrengst (f 100). De heler schaft de fiets eveneens niet aan voor eigen gebruik, maar ook voor de verkoop. Zijn voordeel is f 150 (f 250 minus de aankoopprijs ad f 100).¹²⁷ Zou A wel de fiets voor eigen gebruik hebben gestolen, dan moet dit gebruiksvoordeel worden vastgesteld.¹²⁸ Er kan dan worden gekeken naar hetgeen A zich heeft bespaard doordat hij de fiets niet in de winkel heeft hoeven kopen. Zijn voordeel bestaat dan in principe uit de besparing van de kosten¹²⁹ die hij in het legale circuit had

125 Simmelink & Van der Neut 1996, p. 537-538, Van der Neut & Simmelink 1997, p. 140, Van der Neut 1997, p. 54-55. Zie ook Boersma 1996, p. 142, Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, Keulen 1999, p. 89, en Wöretshofer 1999, p. 76, alsmede, met betrekking tot het Duitse recht, KK OWiG-Wilts 1989, § 29a, Rn. 11. De stelling van Poelert 1997, p. 13, dat juristen veelal de voorkeur hebben voor een objectieve benadering, lijkt, gelet op deze literatuur, niet op te gaan.

126 Simmelink & Van der Neut 1996, p. 538. Vgl. ook, vanuit fiscaal perspectief, Boersma 1996, p. 145.

127 In het onwaarschijnlijke geval dat A de fiets verkoopt voor een prijs die boven de marktwaarde ligt, is die hogere winst zijn voordeel.

128 Vgl. in deze zin voor het Duitse recht OLG Karlsruhe 30 december 1974, NJW 1975, p. 793-794, JR 1976, p. 121-124, m.nt. Keller, Güntert 1983, p. 35-36, Göhler 1998, § 17, Rn. 41, en Lemke 1999, § 17, Rn. 30.

129 Zie nader nr. 298-303.

moeten maken (de winkelwaarde, *f* 750),¹³⁰ maar er moet nog wel rekening worden gehouden met waardeverminderende factoren zoals braaksporen en het ontbreken van fabrieksgarantie.¹³¹

255. De uitleg zoals deze in de literatuur wordt gegeven aan de waarderingsmethode sluit nauw aan bij het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel.¹³² Niet alleen geldt als uitgangspunt het rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene, ook wordt er recht gedaan aan de limiterende werking van het nagestreefde rechtsherstel. Met deze waarderingsmethode wordt voorkomen dat de voordeelsontneming verder reikt dan het beoogde rechtsherstel.¹³³ Indien aan A een ontnemingsmaatregel van *f* 750 wordt opgelegd terwijl hij *de facto* maar *f* 100 heeft verkregen, kan de ontnemingsmaatregel voor zover die boven het bedrag van *f* 100 uitgaat, niet anders worden gekwalificeerd dan als een leedtoevoegende sanctie.¹³⁴

Het normatief-reparatoire karakter dicteert derhalve de wijze van voordeelsberekening. Het gaat om de vaststelling van hetgeen de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen, waarbij er wordt geabstraheerd van hetgeen de betrokkene had kunnen behalen in andere omstandigheden (bijvoorbeeld wanneer hij in een legaal circuit had gehandeld). In zoverre is er ook sprake van een 'waardevrije' voordeelsberekening.¹³⁵ Deze methode kan ertoe leiden dat de voordeelsberekening in praktische zin een tamelijk complexe onderneming is. In het navolgende hoofdstuk blijkt echter dat het Openbaar Ministerie bij de bewijsvoering onder omstandigheden kan terugvallen op bewijsvermoedens, waardoor het hanteren van een op de concrete omstandigheden van het geval gebaseerde voordeelsberekening praktisch uitvoerbaar blijft.¹³⁶

130 Zie ook Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242.

131 Vgl. Simmelink & Van der Neut 1996, p. 539, en Boersma 1996, p. 145. Vgl. ook Rb. Almelo 6 januari 1997, JOW 1997, 102.

132 Vgl. ook Faure 1998b, p. 234. Ook in de Duitse literatuur wordt wel, onder verwijzing naar de ratio van het *Verfall* (onder gelding van het *Nettoprinzip*), gesteld dat het moet gaan om daadwerkelijk verkregen voordeel. Zie Güntert 1983, p. 66, Hildenstab 1990, p. 50-51, en Schultehinrichs 1991, p. 58. Vgl. voorts Sannwald 1986a, p. 86-87, en KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 118, 121, 126.

133 Vgl. Simmelink 1995, p. 196.

134 Zie naast nr. 121, ook Borgers 1998b, p. 96-98, 103-104, en Borgers 1999, p. 27-28. Vgl. ook Vegter in: Jonkers e.a. (losbl.), p. VII-105 (suppl. 45), die wijst op 'ernstige frustraties' die bij de betrokkene zouden kunnen ontstaan bij een ontnemingsmaatregel op basis van marktwaarden.

135 Zie Boersma 1996, p. 142, 145. Vgl. ook Keulen 1999, p. 91.

136 In dat geval wordt bijvoorbeeld een gangbare en bij het concrete geval passende heilersprijs als uitgangspunt van een bewijsredenering gehanteerd, waarbij het aan de betrokkene is dit uitgangspunt in twijfel te trekken. Zie ook Van der Neut & Simmelink 1999, p. 131. Laat de feitelijke waarde van de voorwerpen zich ook dan niet vaststellen, is de oplegging van een ontnemingsmaatregel niet mogelijk. Vgl. ook Rb. Breda 24 maart 1998, JOW 1998, 102.

256. Het uitgangspunt dat de voordeelsberekening betrekking moet hebben op het daadwerkelijk verkregen voordeel, betekent ook dat bij de vaststelling van het voordeel – anders dan de oude Ontnemingsrichtlijn voorschrijft – geen aansluiting hoeft te worden gezocht bij het moment waarop het strafbare feit is voltooid.¹³⁷ Juist de gebeurtenissen na het begaan van het strafbare feit bepalen veelal de wijze waarop de verkregen voorwerpen moeten worden gewaardeerd.¹³⁸ Indien bijvoorbeeld een voorwerp wordt gestolen met het oog op verkoop daarvan, wordt het voordeel pas daadwerkelijk verkregen op het moment van de verkoop.¹³⁹ De waarde van het verkregen voordeel is niet alleen afhankelijk van het strafbare feit zelf, maar ook van de intenties van de betrokkene in directe samenhang met de latere gebeurtenissen.¹⁴⁰

De rol van de intenties behoeft enige toelichting. Het gaat hierbij niet enkel om datgene wat de betrokkene als financieel resultaat van het begane feit voor ogen heeft. Van belang is vooral de wijze waarop de intentie van de betrokkene de gebeurtenissen na het verkrijgen van het voordeel beheerst. Indien de betrokkene een auto steelt en deze aan een heler verkoopt, kan (achteraf) worden vastgesteld dat hij het strafbare feit begaan heeft met het oog op die helingstransactie.¹⁴¹ Het gaat dus om het resultaat van de intentie van de betrokkene. De betrokkene die een auto steelt met de bedoeling deze te helen, maar toch besluit de auto voor eigen gebruik te houden, kan niet stellen dat zijn voordeel uit de aanvankelijk beoogde helingsopbrengst bestaat. In dat geval wordt de besparing van de aanschafwaarde als uitgangspunt voor de voordeelsberekening genomen.¹⁴²

257. Er zijn nog meer redenen om geen aansluiting te zoeken bij het moment waarop het strafbare feit is voltooid. Ten aanzien van sommige delicten zal op het moment van voltooiing nog geen enkel voordeel zijn verkregen. Voorbeelden daarvan zijn onder meer misbruik van voorwetenschap, valsheid in geschrift en

137 In vergelijkbare zin voor het Duitse recht ook Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73b, Rn. 11, en Lackner 1997, § 73b, Rn. 4. Op grond van de tweede volzin van § 73a StGB vindt het *Verfall des Wertersatzes* echter ook plaats indien hetgeen voor de oorspronkelijk opbrengst in de plaats is getreden, minder waard is. Daaruit wordt wel afgeleid dat waardeverminderingen irrelevant zijn. Zie Güntert 1983, p. 67, en Hildenstab 1990, p. 50. Vgl. voorts LK-Schäfer 1985, § 73b, Rn. 3.

138 Simmelink & Van der Neut 1996, p. 539.

139 Vgl. ook, vanuit fiscaal perspectief, Wattel 1992, p. 169, 175.

140 Vgl. ook Boersma 1996, p. 145.

141 Het enkele feit dat de betrokkene de auto wellicht enige tijd in zijn bezit heeft gehad alvorens de transactie met de heler heeft plaatsgevonden, is hierdoor in beginsel niet relevant. Dit ligt weer anders indien hij gedurende die periode gebruik heeft gemaakt van de auto. Aan dat gebruik kan, aan de hand van de besparing van kosten, een waarde worden toegekend die, naast de helingsopbrengst, als wederrechtelijk verkregen voordeel kan gelden.

142 Terzijde wijs ik erop dat het toekennen van een doorslaggevende betekenis aan de intentie van de dader ook in andere opzichten een rol speelt in het strafrecht. Denk bijvoorbeeld aan het verschil tussen diefstal van een auto (art. 310 Sr) en joy-riding (art. 11 WVV). Om welk delict het gaat is niet zozeer afhankelijk van de feitelijke gang van zaken (het rijden in andermans auto), meer veeleer van de intentie van de dader.

de invoer van drugs.¹⁴³ Op het moment dat met voorkennis aandelen worden aangekocht, wordt er nog geen voordeel gerealiseerd. Dat gebeurt pas nadat de bijzonderheid waarop de voorwetenschap betrekking had, openbaar is geworden en de aandelen daardoor tegen een hogere koers kunnen worden verkocht.¹⁴⁴

6.3 De waarderingsmethode in de jurisprudentie

258. De waarderingsmethode is veelvuldig aan de orde gekomen in de lagere jurisprudentie. Het valt op dat de methode zoals opgenomen in de oude Ontnemingsrichtlijn door maar weinig rechters is gevolgd.¹⁴⁵ Het merendeel van de rechters heeft zich aangesloten bij de feitelijke waarderingsmethode.¹⁴⁶ In de lagere jurisprudentie wordt door een aantal rechters ook het criterium dat het voordeel moet worden vastgesteld naar het moment van voltooiing van het delict, expliciet van de hand gewezen.¹⁴⁷

259. Op 1 juli 1997 heeft de Hoge Raad zich over de waarderingsmethode uitgesproken die in het voordeelsbegrip besloten ligt.¹⁴⁸ De casus van dit arrest heeft betrekking op de diefstal van juwelen.¹⁴⁹ Een man en een vrouw overvallen samen een juwelier. Zij nemen daarbij juwelen mee die, volgens opgave van de man, een winkelwaarde hebben van f 140.000. De man treedt in contact met een heler en zij komen overeen dat de heler de juwelen zal overnemen voor f 20.000.

143 Van der Neut & Simmelink 1997, p. 142.

144 Zie ook Van der Neut 1997, p. 57.

145 Alleen Hof Arnhem 15 mei 1996, JOW 1996, 181, en Rb. Breda 14 oktober 1996, JOW 1997, 77, opteren expliciet voor de objectieve waardering. Rb. Maastricht 5 juli 1995, JOW 1997, 46, en Rb. Almelo 2 juni 1997, JOW 1998, 45, zien aanleiding voor matiging van de betalingsverplichting, omdat is komen vast te staan dat de werkelijke waarde van de voorwerpen onder de geobjectiveerde waarde ligt.

146 Zie voor wat betreft de voor het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1997, NJ 1998, 242, m.nt. JR, JOW 1998, 1, gewezen uitspraken: Rb. Arnhem 3 maart 1995, JOW 1996, 87, Rb. Breda 6 maart 1995, JOW 1997, 97, Rb. Den Bosch 7 maart 1995, NJ 1995, 741, JOW 1996, 66, Rb. Arnhem 21 september 1995, JOW 1996, 94, Rb. Leeuwarden 17 november 1995, NJ 1996, 494, JOW 1996, 112, Rb. Leeuwarden 8 februari 1996, JOW 1996, 118, Rb. Den Bosch 22 februari 1996, JOW 1996, 154, Hof Den Bosch 9 mei 1996, JOW 1996, 157, Rb. Breda 22 april 1996, JOW 1997, 51, Hof Leeuwarden 18 juli 1996, JOW 1997, 9, Rb. Almelo 14 december 1996, JOW 1996, 174, Rb. Breda 11 februari 1997, JOW 1997, 87, Rb. Rotterdam 18 april 1997, JOW 1998, 10, Rb. Dordrecht 15 mei 1997, JOW 1997, 111, en Rb. Utrecht 16 mei 1997, JOW 1998, 82. Zie voor later gewezen uitspraken onder andere Rb. Rotterdam 19 september 1997, JOW 1998, 87, en Hof Den Bosch 7 oktober 1998, JOW 1998, 86.

147 Hof Leeuwarden 17 januari 1997, JOW 1997, 106, Hof Leeuwarden 17 februari 1997, NJ 1997, 282, Hof Leeuwarden 7 april 1997, JOW 1997, 118, en Rb. Dordrecht 15 mei 1997, JOW 1997, 111.

148 HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, m.nt. JR (waarin het cassatiemiddel van de P-G is opgenomen), JOW 1998, 1 (waarin het cassatiemiddel van de betrokkene is opgenomen). Zie voor de uitspraken van de feitenrechters: Rb. Breda 6 maart 1995, JOW 1997, 97, en Hof Den Bosch 9 mei 1996, JOW 1996, 157.

149 Zie met name het vonnis van de rechtbank waarin de relevante verklaringen in zijn opgenomen.

Deze transactie heeft echter nooit plaatsgevonden, zo verklaart de man, omdat hij vervolgens zelf is beroofd van de juwelen. Tegen de man wordt, nadat hij is veroordeeld,¹⁵⁰ een ontnemingsprocedure ingesteld.¹⁵¹

In deze procedure vordert het Openbaar Ministerie de oplegging van een betalingsverplichting ter hoogte van f 140.000. Het Openbaar Ministerie voert daartoe aan dat bij de vaststelling van de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel moet worden uitgegaan van de waarde van de juwelen op de legale markt. Subjectieve factoren zoals de verkoop aan een heler voor een lagere prijs dan de marktprijs, zouden wellicht aan de orde kunnen komen bij de vaststelling van de betalingsverplichting, al komt het bedingen van een lagere prijs in beginsel voor rekening en risico van de betrokkene.

In de feitelijke instanties wordt de vordering niet gevolgd en wordt de omvang van het voordeel vastgesteld op de waarde van de juwelen in het helingscircuit, te weten f 20.000. Dit bedrag, dat de betrokkene met de beoogde heler had bedongen, komt de rechtbank en het hof 'niet onaannemelijk' voor als reële helingsprijs. De Hoge Raad gaat uitgebreid in op het middel van het Openbaar Ministerie. Allereerst citeert de Hoge Raad een aantal passages uit de parlementaire stukken waarin wordt aangegeven dat de ontnemingsmaatregel een herstel in de rechtmatige toestand beoogt doordat aan de veroordeelde het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt ontnomen. De Hoge Raad constateert verder dat de wetgever de rechter een grote vrijheid heeft gegeven bij de vaststelling van de omvang van het voordeel.¹⁵² Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

Op grond van het vorenoverwogene moet worden aangenomen dat, mede gelet op het reparatoire karakter van de maatregel, bij de bepaling van het voordeel dient te worden uitgegaan van het voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald.

De vaststelling van het voordeel op f 20.000 geeft derhalve geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

De Hoge Raad hanteert hiermee als uitgangspunt dat de voordeelsberekening betrekking moet hebben op het daadwerkelijk verkregen voordeel. Tevens kan men uit de uitspraak afleiden dat de Hoge Raad zich kan verenigen met het rekening houden met de intenties van de betrokkene door aan te sluiten bij de helingsopbrengst.

150 In de uitspraken van rechtbank en hof wordt het lot van de vrouw niet vermeld.

151 In deze zaak is een vordering van de benadeelde juwelier niet aan de orde.

152 De Hoge Raad verwijst naar Memorie van Toelichting, p. 16, 78, Memorie van Antwoord, p. 26, en Memorie van Antwoord I, p. 9.

260. In een arrest van 6 januari 1998 heeft de Hoge Raad hetzelfde oordeel herhaald.¹⁵³ Deze uitspraak heeft betrekking op de diefstal van diverse goederen die direct na de diefstal zijn verkocht aan derden. De omvang van het voordeel stelt het hof vast op de verkoopopbrengst van de gestolen goederen. In cassatie voert het Openbaar Ministerie aan dat het voordeel had moeten worden vastgesteld naar de waarde op de legale markt. De Hoge Raad verwierpt dit cassatieberoep met dezelfde overwegingen als in het arrest van 1 juli 1997.¹⁵⁴ De Hoge Raad voegt hier nog een interessante overweging aan toe.

Voor zover het middel berust op de stelling dat in een geval als het onderhavige de omvang van het voordeel dient te worden bepaald op de waarde van de gestolen goederen op het moment van voltooiing van het delict kan het niet tot cassatie leiden, aangezien die stelling (...) geen steun vindt in het recht. (...) Voor zover het middel op het standpunt berust dat voor de betekenis van het voordeelsbegrip in art. 36g Sr aansluiting moet worden gezocht bij het begrip 'tegenwaarde' in art. 117, tweede lid sub b en c, Sv en, gelet op het bepaalde in art. 36g, zesde lid, Sr, bij het civielrechtelijke schadebegrip kan het evenmin tot cassatie leiden, aangezien ook die opvatting geen steun vindt in het recht.

De Hoge Raad volgt hiermee expliciet niet de in de eerste versie van de Ontnemingsrichtlijn gegeven uitleg van het voordeelsbegrip, noch ten aanzien van het moment van verkrijging van het voordeel, noch ten aanzien van de gelijkstelling van voordeel aan nadeel.

6.4 Beperkte objectivering in de waarderingsmethode?

261. In de hiervoor besproken uitspraken kiest de Hoge Raad voor een subjectief voordeelsbegrip. Het voordeel wordt gebaseerd op hetgeen de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen. Maar is de benadering van de Hoge Raad wel volledig subjectief, of zijn er ook objectieve elementen in te ontwaren? Een aantal aspecten van het hiervoor besproken arrest over de juwelenroof behoeft daarvoor nadere aandacht.

262. Het eerste aandachtspunt is de stelling van de betrokkene dat hij op zijn beurt weer is beroofd van de juwelen. De rechtbank stelt hierover: 'De omstandigheid dat H. [de man; MJB] op zijn beurt is beroofd is een omstandigheid die geheel voor zijn rekening en risico behoort te blijven.' Het hof is dezelfde mening

¹⁵³ HR 6 januari 1998, JOW 1998, 48.

¹⁵⁴ Vgl. ook HR 2 december 1997, nr. 106.367 P. Deze uitspraak is gepubliceerd in NJ 1998, 290, en JOW 1998, 65, doch met weglating van de hier relevante overwegingen.

toegedaan. In cassatie herhaalt de betrokkene weliswaar zijn stelling dat hij is beroofd, maar het middel bestrijdt vervolgens om onduidelijke redenen niet het oordeel dat de diefstal van de juwelen voor eigen rekening en risico komt. In de overwegingen van de Hoge Raad komt de tweede diefstal van de juwelen vervolgens niet meer aan de orde.

Uit deze gang van zaken mag men naar mijn mening niet de conclusie trekken dat de Hoge Raad de tweede beroving buiten beeld heeft willen laten. Uit de uitspraken in feitelijke instantie blijkt immers niet dat vaststaat dat de tweede diefstal heeft plaatsgevonden.¹⁵⁵ Het ontbreken van deze feitelijke basis maakt een ambtshalve cassatie hoogst onwaarschijnlijk. Het heeft de Hoge Raad daarnaast aan speelruimte ontbroken doordat de betrokkene dit punt niet uitdrukkelijk aan de Hoge Raad heeft voorgelegd.¹⁵⁶

263. Indien we aannemen dat de man inderdaad van de juwelen is beroofd, kan op goede gronden worden verdedigd dat er in casu geen enkel voordeel is behaald.¹⁵⁷ Laat men de tweede diefstal voor eigen rekening en risico van de betrokkene, dan heeft dat tot gevolg dat hij een bedrag van f 20.000 moet afdragen dat hij nooit daadwerkelijk in handen heeft gehad. Van enig herstel vanuit het perspectief van de betrokkene kan dan niet meer worden gesproken.¹⁵⁸ Dit is tevens niet in overeenstemming met het principe van de daadwerkelijke verkrijging en (daarom) ook niet met de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁵⁹ De tweede overval staat nog in nauw verband met de overval op de juwelier en het daarmee verbonden helingsvoornemen. In die feitelijke gang van zaken kan van voordeelsverkrijging niet worden gesproken.¹⁶⁰ In de parlementaire stukken vindt men overigens steun voor deze opvatting. In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer noemt

155 Rechtbank en hof hoefden dit ook niet te doen, omdat voor hen al vaststond dat, al zou de tweede beroving zich wel hebben voorgedaan, zulks geen invloed zou hebben.

156 Zie ook Keulen 1999, p. 90, en Wöretshofer 1999, p. 76. Vgl. ook Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242. De stelling van Keijser-Ringnald 1997, p. 318, dat het standpunt van het hof (tweede diefstal voor eigen rekening en risico) in de ogen van de Hoge Raad genade vindt, is mijns inziens dan ook onjuist.

157 Zie Van der Neut & Wedzinga 1997, p. 874, De Roos 1998, p. 319, en Van der Neut & Simmelink 1999, p. 130. Zo ook Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, die als criterium noemt dat er in casu geen genot voor de betrokkene heeft bestaan.

158 Tenzij de rechter de betalingsverplichting alsnog tot nihil zou matigen. Vgl. ook De Roos 1998, p. 319. Aan matiging komt men mijns inziens niet toe omdat de tweede overval direct van invloed is op de daadwerkelijke voordeelsverkrijging.

159 In gelijke zin Keulen 1999, p. 90.

160 Ik wijs erop dat er ook situaties denkbaar zijn waarin op een gegeven moment wel voordeel is verkregen maar de betrokkene dit in een later stadium tegen zijn wil (bijvoorbeeld door een overval) weer kwijtraakt. Een dergelijke gebeurtenis is vanuit het perspectief het voordeelsbegrip niet relevant, maar kan wel aanleiding geven tot het niet opleggen van een ontnemingsmaatregel (vgl. nr. 517).

de minister als voorbeeld van een 'feit zonder voordeel' de situatie waarin door een mededader de buit aan de betrokkene wordt onttrokken.¹⁶¹

264. Een tweede aspect dat van belang is, betreft de overweging van het hof dat het niet onaannemelijk is dat de man bij verkoop van de gestolen sieraden in het criminele circuit ongeveer 15 procent van de winkelwaarde 'zou kunnen krijgen'. A-G Fokkens wijst erop dat hiermee tot uitdrukking is gebracht dat het bedrag van f 20.000 dat de betrokkene in casu heeft ontvangen '(...) niet afwijkt van wat gewoonlijk voor dergelijke gestolen goederen wordt betaald. *In die zin is de maatstaf dus niet subjectief.*'¹⁶² De strekking van deze opmerking is niet geheel duidelijk. Mag van een dief, wanneer hij de door hem gestolen goederen aan een heler verkoopt, worden verwacht dat hij een voor het helingscircuit redelijke prijs zal bedingen?¹⁶³

Het is zinvol om onderscheid te maken tussen twee gevallen: de situatie waarin de verkregen helingsprijs vaststaat, en de situatie waarin er onduidelijkheid bestaat over de bedongen prijs. In de eerste situatie moet mijns inziens die concrete helersprijs als het voordeel worden aangemerkt. Dit geldt ook wanneer de bedongen prijs onder het gebruikelijke prijsniveau in het helingscircuit ligt. Het gaat er immers om wat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen. Dit betekent eveneens dat wanneer de dief een veel hogere prijs dan de 'standaardprijs' bedingt, deze hogere prijs als het verkregen voordeel geldt.

Doet de situatie zich voor dat wel is vast komen te staan dat de gestolen voorwerpen zijn geheeld maar niet voor welke prijs, dan zal de rechter zo nauwkeurig mogelijk het voordeel moeten vaststellen. In dat geval ligt het voor de hand dat de rechter, met behulp van een bewijsvermoeden,¹⁶⁴ aansluiting zal

161 Memorie van Antwoord I, p. 2. Vgl. ook Boersma 1996, p. 143. Gelet op het feit dat er in de parlementaire stukken voor het overige een consistente visie op het voordeelsbegrip ontbreekt, is het uiteraard moeilijk deze opmerking op waarde schatten. Wellicht gaat het om een toevalstreffer.

162 Conclusie voor HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, m.nt. JR, JOW 1998, 1 (cursivering toegevoegd). Tot een dergelijke interpretatie komt ook, doch kritisch, Vegter in: *Vademecum* (losbl.), p. [43]-208-212 (suppl. 99). Zie ook de discussie omtrent een geobjectiveerde voordeelsberekening zoals weergegeven door Nelen & Sabbe 1998, p. 168-170, en voorts Vermeulen 1999, p. 100-101, 107, over een beperkt geobjectiveerde benadering waarin onder omstandigheden een bestedingskeuze ten laste van de betrokkene blijft.

163 Men zou hierbij aansluiting kunnen zoeken bij het zogeheten 'abstracte schadebegrip', dat wil zeggen een schadebegrip '(...) waarbij men abstraheert van de concrete omstandigheden waarin nu juist deze benadeelde verkeert en waarbij men zich richt naar het normale.' Zie Bloembergen 1965, p. 36, en voorts Barendrecht & Storm 1995, p. 23, alsmede Asser-Hartkamp 4-I 2000, nr. 417. In het Nederlandse schadevergoedingsrecht geldt als uitgangspunt een concreet schadebegrip maar in sommige gevallen wordt met een abstract schadebegrip gewerkt. Zie Asser-Hartkamp 4-I 2000, nr. 417, Hartlief 2000, nr. 207-206, en Lindenberg in: Bloembergen e.a. (losbl.), aant. 27-30 op art. 97 (suppl. 24). De reden daarvoor is gelegen in de behoefte aan de hand van een eenvoudige maatstaf voor bepaalde categorieën gevallen snel de schade te kunnen bepalen.

164 Daarover nr. 349-354.

zoeken bij 'standaard' helingsprijzen. Ook dan is er overigens geen sprake van een objectivering van het voordeelsbegrip zelf, maar gaat het om een verlichting van de vaststelling van het daadwerkelijk verkregen voordeel met behulp van een bewijsrechtelijke constructie.¹⁶⁵

265. Uit het voorgaande volgt dat in het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt – bij de bepaling van het voordeel dient te worden uitgegaan van het voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald – geen objectiverende elementen zijn aan te treffen. Het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel komt hierdoor goed tot zijn recht. Het rechtsherstel vindt plaats vanuit het perspectief van de betrokkene, doordat aan hem niet meer wordt ontnomen dan hij daadwerkelijk heeft verkregen. De voordeelsberekening richt zich niet enkel op het aan het voordeel ten grondslag liggende strafbare feit. Relevant zijn ook de daaraan gerelateerde gebeurtenissen.¹⁶⁶

6.5 *De herziene Ontnemingsrichtlijn*

266. Naar aanleiding van het gestolen juwelen-arrest is de Ontnemingsrichtlijn gewijzigd.¹⁶⁷ In de herziene versie wordt gesteld dat het wederrechtelijk verkregen voordeel per delict wordt bepaald door de waarde waarmee het vermogen van de betrokken persoon als gevolg van het strafbare feit is toegenomen. Het moment van voltooiing van het delict noemt de richtlijn niet meer. Voorts wordt alleen ten aanzien van voorwerpen die nog in het bezit zijn van de betrokkene gesteld dat de waarde hiervan gelijk is aan de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verkrijging van die voorwerpen.¹⁶⁸ Met betrekking tot de verkoop van voorwerpen stelt de richtlijn dat het gaat om de opbrengst die betrokkene heeft verkregen of redelijkerwijs had kunnen verkrijgen.¹⁶⁹

De herziening van de Ontnemingsrichtlijn heeft in zijn algemeenheid positief uitgepakt. Twee aspecten moeten echter kritisch worden benaderd. Voorwerpen die nog in het bezit zijn van de betrokkene, hoeven niet altijd op de reguliere

165 Zie nader over dit verschil nr. 354.

166 Niet alleen opvolgende maar ook voorafgaande gebeurtenissen. Denk bijvoorbeeld aan afspraken met helers voorafgaand aan een diefstal.

167 Zie in dit verband de kamervragen van De Graaf over het arrest van 1 juli 1997 en het antwoord van de minister, Aanhangselen TK 1997-1998, nr. 50.

168 Bij beloning in natura wordt, voor zover die nog in het bezit van de betrokkene is, de waarde daarvan tevens gelijkgesteld aan de waarde ten tijde van de verkrijging in het economisch verkeer.

169 Ontnemingsrichtlijn (herziene versie), Stcrt. 1997, nr. 223, en Stcrt. 1998, nr. 8, par. VI.1 (in werking getreden op 1 december 1997). Deze richtlijn is later gesplitst in de Richtlijn voor strafvordering bij ontneming en de Aanwijzing ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164. De Richtlijn voor strafvordering bij ontneming wordt in de praktijk nog steeds als de Ontnemingsrichtlijn aangeduid. Ik zal in het navolgende hetzelfde doen.

marktwaarde te worden gewaardeerd. Een autodief die zelf in de gestolen auto blijft rondrijden, kan – mijns inziens terecht – aanvoeren dat de auto niet meer de marktwaarde vertegenwoordigt, omdat (onder andere) de papieren ontbreken, de auto als gestolen geregistreerd staat en er mogelijk braaksporen aanwezig zijn.¹⁷⁰ Voorts, indien de betrokkene het wederrechtelijk verkregene verkoopt, kan de rechter alleen afgaan op de prijs die de betrokkene redelijkerwijs had kunnen verkrijgen, indien de werkelijk verkregen prijs niet is komen vast te staan en de veronderstelde prijs zich in de concrete omstandigheden van het geval als bewijsvermoeden laat toepassen.¹⁷¹

6.6 *De bijzondere waarderingsmethoden van art. 36e lid 4 Sr*

267. Nu de contouren van de meest passende waarderingsmethode zijn besproken, rijst de vraag wat de betekenis is van de bijzondere waarderingsmethoden die art. 36e lid 4 derde volzin Sr aanreikt. Het gaat, kort gezegd, om de mogelijkheid¹⁷² een voorwerp te schatten op de marktwaarde ten tijde van de uitspraak of te verwijzen naar de executiewaarde. Voor de beantwoording van de opgeworpen vraag is het noodzakelijk vast te stellen welke bedoeling achter deze wettelijke waarderingsmethoden schuilt.

De wetsgeschiedenis maakt met betrekking tot de schatting naar de marktwaarde niet duidelijk in welke gevallen de rechter van deze bevoegdheid gebruik zou kunnen maken. Met betrekking tot de verwijzing naar de executiewaarde is de wetsgeschiedenis informatiever. In het geval dat bepaalde voorwerpen het wederrechtelijk voordeel belichamen, kan het voor de rechter moeilijk zijn de executiewaarde daarvan te schatten. Hierdoor bestaat het risico dat het bedrag van de schatting en de daadwerkelijke executie-opbrengst veel verschillen. Teneinde te voorkomen dat de betrokkene nadeel ondervindt van onjuiste schattingen,

(...) kan het dienstig zijn dat, wanneer op zulke voorwerpen conservatoir beslag is gelegd en te verwachten is dat ter voldoening aan een verplichting tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel op het in beslaggenomen voorwerp verhaal zal moeten worden genomen, de rechter bij de bepaling van de omvang van het deel van het voordeel dat door dit voorwerp wordt belichaamd, mede kan refereren aan de bij executorialie verkoop te behalen opbrengst.¹⁷³

170 Vgl. Van der Neut 1997, p. 56.

171 Zie daarover nr. 349-354.

172 Zie voor wat betreft de discretionaire karakter van de verwijzing naar de executiewaarde ook HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, m.nt. JR, en HR 8 januari 1998, JOW 1998, 48.

173 Memorie van Toelichting, p. 16.

Uit dit citaat kan worden afgeleid dat de verwijzing naar de executiewaarde subsidiair is ('mede kan refereren').¹⁷⁴ Zou de rechter alleen naar de executiewaarde verwijzen, dan wordt immers verondersteld dat er daadwerkelijk verhaal wordt genomen op het betreffende voorwerp. Echter, indien de betrokkene bereid is om de ontnemingsmaatregel vrijwillig te voldoen,¹⁷⁵ moet er een concreet bedrag zijn vastgesteld. Kortom, indien de rechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid om te verwijzen naar de executiewaarde, zal hij tevens de waarde van het voorwerp moeten schatten.¹⁷⁶ Een consequentie hiervan kan overigens zijn dat achteraf blijkt dat de geschatte waarde afwijkt van de behaalde executie-opbrengst.

268. In het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad hebben de waarderingsmogelijkheden van art. 36e lid 4 derde volzin Sr een beperkt belang. De schatting van de marktwaarde op het moment van de beslissing zou een rol kunnen spelen wanneer wederrechtelijk verkregen voorwerpen voor eigen gebruik worden aangewend. Het is dan echter niet altijd vanzelfsprekend om het voordeel gelijk te stellen aan de marktwaarde op het moment van de beslissing. Het voordeel bestaat in beginsel uit de marktwaarde op het moment van de verkrijging. Neemt men de marktwaarde van de voorwerpen op het moment van de beslissing, dan wordt de waardedaling ontstaan als gevolg van het gebruik immers buiten beschouwing gelaten. In bijzondere gevallen, bijvoorbeeld wanneer vaststaat dat de voorwerpen in het geheel niet zijn gebruikt, is de schatting van de marktwaarde op het moment van de beslissing van waarde wel passend.¹⁷⁷

De verwijzing naar de executie-opbrengst past op zich goed bij de normatief-reparatoire benadering van het voordeelsbegrip. Er wordt immers in beginsel voorkomen dat het voordeel te hoog (of te laag) wordt ingeschat. De rechter is echter niet ontslagen van zijn plicht het verkregen voordeel in een geldbedrag te vatten zodat deze waarderingsmethode meer een veiligheidsklep ten behoeve van de betrokkene vormt, dan een steun voor de rechter is. In het concrete geval zou overigens nog kunnen worden onderzocht of er tevens voordeel is ontstaan uit het gebruik van de periode tussen verkrijging en executie. Er kan in die periode een besparing van kosten zijn opgetreden.

174 Hiermee is ook het belangrijkste verschil met de verbeurdverklaring gegeven. De ontnemingsmaatregel is in de kern een betalingsverplichting, terwijl de verbeurdverklaring rechtstreeks betrekking heeft op het ontnemen van voorwerpen. Een ander verschil betreft het toepassingsbereik. Anders dan de verbeurdverklaring kan de verwijzing naar de executie-opbrengst ook betrekking hebben op (voorwerpen omvattende de) indirecte opbrengsten en op voordeel uit niet ten laste gelegde feiten.

175 De executievoorschriften veronderstellen dat de betrokkene eerst in de gelegenheid wordt gesteld om de ontnemingsmaatregel (de betalingsverplichting) te voldoen alvorens er verhaal wordt genomen. Zie met name art. 577b lid 1 jo 573 lid 1 Sv.

176 Zie bijvoorbeeld Rb. Groningen 12 oktober 1995, JOW 1996, 114.

177 A-G Fokkens noemt in zijn conclusie voor HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, m.nt. JR, als voorbeeld de periode waarin de auto in beslag is genomen. De in die periode optredende waardevermindering komt niet voor rekening van de betrokkene.

6.7 *Tot slot: een voorbeeld*

268a. Aan de hand van een casus kan de hiervoor gegeven uitwerking van de op het daadwerkelijk voordeel van de betrokkene gerichte waarderingsmethode concreet worden gemaakt.¹⁷⁸ Stel: vier mannen breken in bij een garage en stelen elk een auto. De politie is direct gealarmeerd en de mannen zien zich genoodzaakt zo snel mogelijk weg te rijden met de auto's. De eerste man wordt direct klemgereden en de auto wordt door de politie in beslag genomen en aan de garagehouder teruggegeven. Zijn voordeel is nihil. De tweede man rijdt tijdens de achtervolging de auto tegen een boom, waardoor de auto total-loss is. Hij zal zich met een forse schadeclaim geconfronteerd zien, maar zijn voordeel is eveneens nihil. De derde man verkoopt de auto aan een heler. De helingsprijs is het bedrag van het voordeel. De vierde man verkoopt eveneens de auto en met de opbrengst koopt hij een motor aan. Deze motor wordt echter al snel in beslag genomen. De rechter kan de opbrengst van de verkoop van de auto als voordeel aanmerken en kan – subsidiair – verwijzen naar de executie-opbrengst van de motor.¹⁷⁹

7 **De aftrek van kosten**

7.1 *Inleiding*

269. In de optiek van de minister is de rechter niet verplicht de kosten die de betrokkene heeft gemaakt in het kader van het begaan van het strafbare feit, in mindering te brengen op de verkregen (bruto-)opbrengst. 'De rechter *kan* dit doen, maar is daartoe, als hij dat in de gegeven omstandigheden niet redelijk acht, niet verplicht.'¹⁸⁰ De formulering lijkt erop te duiden dat kostenaftrek regel is en het niet in mindering brengen uitzondering.¹⁸¹ Beslissend daarbij is de redelijkheid. Wanneer kostenaftrek wel en niet redelijk is, laat de parlementaire geschiedenis echter in het midden.

In deze paragraaf onderzoek ik welke criteria voor de aftrek van kosten gelden. Het formuleren van deze criteria geschiedt aan de hand van de jurisprudentie, de Ontnemingsrichtlijn en de standpunten in de literatuur. Vervolgens ga ik in op de uitsluiting van bepaalde, aan strafbaar handelen gerelateerde kosten in het fiscale

178 De casus is ontleend aan Van der Neut 1997, p. 57.

179 Voor de derde en vierde man geldt uiteraard wel dat de betalingsverplichting nog kan worden verminderd tengevolge van de vordering van de benadeelde garagehouder (art. 36e lid 6 Sr, waarover nader nr. 435-455).

180 Memorie van Toelichting, p. 16.

181 Zo ook Keulen 1999, p. 106.

recht, waarbij ik het belang van deze uitsluiting voor de ontnemingsmaatregel wil bepalen.

7.2 *De mogelijkheden voor kostenaf trek in de jurisprudentie*

270. De eerste relevante uitspraak betreft het hiervoor reeds besproken arrest inzake de Urker visafslag.¹⁸² Deze uitspraak is gewezen op grond van de oude ontnemingsmaatregel, maar is ook thans nog relevant. De uitspraak heeft betrekking op een aantal overtredingen van de Visserijwet, bestaande uit het bemiddelen bij het veilen van vis zonder dat zorg is gedragen voor de vermelding van bepaalde gegevens.

Voor de bemiddeling bracht de gemeente een retributie (een gebruiksbelasting) van 3% in rekening. Deze retributie is bedoeld zowel ter dekking van de kosten, als voor het behalen van een 'matige winst' (vgl. art. 279 (oud) Gemeentewet). Het hof heeft in deze zaak het door de gemeente wederrechtelijk verkregen voordeel gelijkgesteld aan het bedrag van de ontvangen retributie. Eén van de verweren van de gemeente daartegen luidt dat zij voor de bemiddeling kosten heeft gemaakt, waarmee het hof ten onrechte geen rekening heeft gehouden. De Hoge Raad stelt dat de berekeningswijze van het hof niet van een onjuiste opvatting getuigt en niet onbegrijpelijk is,

(...) in aanmerking genomen dat uit de aan de Hoge Raad toegezonden stukken van het geding geen aanwijzingen voortvloeien dat voor de verdachte aan het veilen van die partijen vis kosten verbonden waren welke zij zich bespaard zou hebben indien zij haar bemiddeling geweigerd zou hebben en die het hof mitsdien bij de schatting had moeten betrekken.

De Hoge Raad verbindt de kostenaf trek aan de voorwaarde dat de kosten in directe relatie staan met het begaan van het strafbare feit.¹⁸³ Indien vaststaat dat dergelijke kosten zijn gemaakt, is de aftrek daarvan verplicht ('had moeten betrekken'). Naar het zich laat aanzien is in deze zaak onvoldoende aannemelijk geworden¹⁸⁴ dat dergelijke kosten zijn gemaakt.

271. De strekking van deze uitspraak is niet geheel duidelijk. Wat moet precies worden verstaan onder kosten die zouden zijn bespaard indien de onjuist uitgevoerde bemiddeling geweigerd zou zijn? Twee interpretaties zijn denkbaar.

182 HR 8 juli 1992, NJ 1993, 12.

183 Vgl. ook Simmelink & Van der Neut 1996, p. 543. Zie voorts HR 2 mei 1989, NJ 1989, 691, waarin de Hoge Raad vermindering van het voordeel tengevolge van winstderving eveneens lijkt te koppelen aan de voorwaarde dat die winstderving voortvloeit uit het strafbare feit.

184 Zie over dit criterium nader nr. 378 en 400.

Ten eerste, voor de vaststelling van de aftrekbare kosten kijkt men alleen naar de strafbare handeling. Dat is het *niet-vermelden* van bepaalde gegevens. Die handeling levert logischerwijs geen kosten op, er wordt immers iets nagelaten. Dit laat zich ook vaststellen aan de hand van een gedachte-experiment. Indien de gemeente de bemiddeling zonder het vermelden van de vereiste gegevens had geweigerd en in de plaats daarvan op de voorgeschreven wijze had bemiddeld bij de veiling van de vis, zou de gemeente geen andere uitgaven hebben moeten doen.¹⁸⁵ Aan het niet-vermelden van de gegevens zijn derhalve geen kosten verbonden.

Ten tweede, voor het vaststellen van de aftrekbare kosten kan de strafbare gedraging ook in een ruimer kader worden geplaatst. Het gaat dan niet zozeer om het niet-vermelden van bepaalde gegevens, maar om de *bemiddeling* bij de veiling waarbij één bepaalde verplichting (het vermelden van de gegevens) wordt genegeerd. De consequentie van deze benadering is dat alle kosten die in relatie staan met deze bemiddeling in principe in mindering moeten worden gebracht.

De tekst van de geciteerde overweging geeft naar mijn mening geen uitsluitel over de juiste interpretatie. Van belang is wel dat, zoals in nr. 233 aan de orde is geweest, het voor de vraag *ofer* sprake is van wederrechtelijk verkregen voordeel niet relevant is of het voordeel ook langs een legale weg had kunnen worden verkregen. In die gedachtegang ligt de tweede interpretatie het meest voor de hand. Het gedachte-experiment dat bij de eerste interpretatie wordt gehanteerd, wijst de Hoge Raad, althans voor wat betreft de relatie tussen de wederrechtelijkheid en de verkrijging, immers af. Trekt men deze lijn door, dan ziet de kostenaf trek op de gehele bemiddeling. Derhalve komen alle kosten die met de bemiddeling samenhangen, voor aftrek in aanmerking.¹⁸⁶

272. Sinds de inwerkingtreding van de ontnemingswetgeving komt in de lagere rechtspraak de kostenaf trek regelmatig aan de orde.¹⁸⁷ Een enkele lagere rechter sluit kostenaf trek vrij principieel uit,¹⁸⁸ maar de mogelijkheid van kostenaf trek is in de overgrote meerderheid van de vonnissen en arresten erkend. Een helder en eenduidig criterium komt daarbij niet naar voren. De mogelijkheid van kostenaf trek wordt soms gerelateerd aan begrippen als redelijk, billijk, noodzakelijk

185 Dit wordt overigens ook erkend door de (raadsman van de) gemeente. De cassatieschriftuur stelt namelijk: 'Deze kosten zijn bovendien onafhankelijk van rekwirantes verplichting zorg te dragen voor de vermelding van nummers en lettertekens van het vaartuig van aanvoer.'

186 In deze zin waarschijnlijk ook Keulen 1999, p. 109. Wolting 1999, p. 1075, lijkt te kiezen voor de eerste mogelijkheid.

187 In dit nummer ga ik (nog) niet in op lagere uitspraken waarin een specifiek onderdeel van de kostenaf trek (bijvoorbeeld: proportionele aftrek van investeringen) aan de orde is, maar beperk ik me tot de hoofdvragen: vindt er kostenaf trek plaats, en zo ja: op grond van welk criterium.

188 Zie Hof Den Haag 24 maart 1995, JOW 1996, 101, en Rb. Breda 18 november 1996, JOW 1997, 81.

en direct,¹⁸⁹ en ook het (oude) fiscaalrechtelijke criterium 'ter verwerving (...) van inkomsten'¹⁹⁰ wordt gehanteerd,¹⁹¹ maar in de meeste gevallen wordt er geen criterium genoemd.¹⁹²

→ Eén uitspraak van het hof Den Bosch is meer principieel van aard.¹⁹³ Het hof relateert in deze uitspraak de mogelijkheid van kostenaf trek aan het karakter van de ontnemingsmaatregel:

De maatregel ex art. 36e van het Wetboek van Strafrecht (...) is niet gericht op leedtoevoeging, maar op het herstel van de rechtmatige toestand. De maatregel strekt er derhalve toe om verweerster in de economische toestand te brengen die zou hebben bestaan indien zij de strafbare feiten niet zou hebben gepleegd. Aan deze strekking zou geen recht worden gedaan indien de genoemde kosten niet op de berekende bruto-omzet (...) in mindering zouden worden gebracht.

Het hof overweegt voorts dat het enkele feit dat het kosten betreft die zijn gemaakt met betrekking tot *illegale* activiteiten, niet afdoet aan de redelijkheid van de kostenaf trek.

Het niet nader duiden van het criterium voor kostenaf trek door de meeste lagere rechters is vermoedelijk de oorzaak van het feit dat er soms verschillend wordt gedacht over de mogelijkheid van aftrek van verschillende posten.

189 Zie Rb. Den Haag 18 januari 1995, JOW 1996, 81, Rb. Maastricht 15 februari 1995, JOW 1996, 78, Rb. Maastricht 18 juli 1995, JOW 1996, 25, JOW 1997, 37, Rb. Middelburg 26 oktober 1995, JOW 1996, 113, Rb. Breda 1 april 1996, JOW 1997, 99, Rb. Utrecht 29 april 1997, JOW 1998, 7, Rb. Utrecht 29 april 1997, JOW 1998, 74, Rb. Rotterdam 29 april 1997, JOW 1998, 85, Rb. Leeuwarden 20 maart 1998, JOW 1999, 26, Rb. Leeuwarden 7 mei 1998, JOW 1999, 22, en Rb. Middelburg 11 augustus 1999, JOW 1999, 59.

190 Vgl. art. 35 lid 1 Wet IB 1964. In de Wet IB 2001 komt dit criterium niet meer voor. Zie nader noot 247.

191 Rb. Middelburg 26 oktober 1995, JOW 1996, 111, Rb. Middelburg 1 februari 1996, JOW 1996, 155, en Rb. Middelburg 16 oktober 1997, JOW 1998, 98. Vgl. ook Rb. Maastricht 29 september 1995, JOW 1996, 97.

192 Rb. Groningen 18 november 1993, JOW 1996, 3, Hof Arnhem 6 oktober 1994, JOW 1997, 50, Hof Den Haag 28 november 1994, JOW 1996, 1, Rb. Den Haag 16 december 1994, JOW 1996, 85, Hof Amsterdam 17 januari 1995, JOW 1997, 39, Rb. Den Bosch 7 maart 1995, NJ 1995, 741, JOW 1996, 66, Rb. Den Bosch 12 juni 1995, JOW 1996, 30, Hof Leeuwarden 10 augustus 1995, JOW 1996, 76, Rb. Middelburg 26 oktober 1995, JOW 1996, 113, Rb. Middelburg 1 februari 1996, JOW 1996, 155, Hof Den Bosch 19 juni 1996, JOW 1997, 6, Hof Leeuwarden 26 juni 1996, JOW 1997, 1, Rb. Groningen 8 augustus 1996, JOW 1997, 66, Rb. Leeuwarden 19 november 1996, JOW 1997, 58, Rb. Den Bosch 21 november 1996, JOW 1998, 32, Rb. Dordrecht 16 januari 1997, JOW 1997, 76, Rb. Utrecht 29 april 1997, JOW 1998, 34, Rb. Den Haag 17 juli 1997, JOW 1998, 94, Rb. Breda 25 augustus 1997, JOW 1998, 61, Rb. Middelburg 23 oktober 1997, JOW 1998, 100, Rb. Leeuwarden 29 januari 1998, JOW 1999, 17, en Rb. Den Bosch 25 februari 1998, JOW 1999, 12.

193 Hof Den Bosch 15 februari 1995, JOW 1996, 2.

Voorbeelden daarvan zijn onder andere reiskosten en een post 'dubieuze debiteuren'.¹⁹⁴

273. In mei 1998 komt de mogelijkheid van kostenaf trek voor de huidige ontnemingsmaatregel voor het eerst aan de orde in de rechtspraak van de Hoge Raad. In een tweetal uitspraken wordt de mogelijkheid van kostenaf trek erkend.¹⁹⁵ De Hoge Raad gaat evenwel niet verder dan het bevestigen van het uitgangspunt van de minister dat de rechter bevoegd is kosten in aftrek te nemen, maar daartoe niet verplicht is indien hij de kostenaf trek in de gegeven omstandigheden niet redelijk acht.¹⁹⁶

Kort daarna, in een arrest van 8 juli 1998, geeft de Hoge Raad een duidelijker criterium met betrekking tot de kostenaf trek.¹⁹⁷ De Hoge Raad overweegt:

Kosten die voor aftrek in aanmerking kunnen komen zijn de kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict. Daaronder vallen in een geval als het onderhavige de kosten die zijn gemoeid met de aankoop van de verdovende middelen waarvan de verkoopopbrengst als wederrechtelijk verkregen voordeel wordt ontnomen.

De Hoge Raad geeft hier een causaliteitscriterium – en niet zozeer een redelijkheids-criterium¹⁹⁸ – voor de aftrek van kosten: bij een directe relatie tussen de kosten en de voltooiing van het delict is aftrek mogelijk.

Uit het arrest blijkt tevens een voorbeeld van een geval waarin een dergelijke directe relatie ontbreekt. De betrokkene heeft in casu verliezen geleden omdat hij bij zijn drugshandel op hetzelfde moment slachtoffer was geworden van een rip-deal (de betrokkene heeft drugs geleverd, waarvoor hij niet is betaald) en van afpersing van geld dat hij bij zich droeg. Deze verliezen zijn volgens de Hoge Raad geen kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict:

Immers, het zijn wellicht kosten die volgens de veroordeelde gemaakt zijn in het kader van de handel in verdovende middelen maar het zijn-daarmee nog geen kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van de desbetreffende

194 Zie Rb. Maastricht 18 juli 1995, JOW 1996, 25, JOW 1997, 37, Rb. Middelburg 26 oktober 1995, JOW 1996, 113, Hof Arnhem 3 oktober 1996, JOW 1997, 55, en Rb. Utrecht 29 april 1997, JOW 1998, 7, Rb. Utrecht 29 april 1997, JOW 1998, 74, en Rb. Rotterdam 29 april 1997, JOW 1998, 85. Voor wat betreft de 'dubieuze debiteuren' moet mijns inziens de vraag worden gesteld of er in die gevallen wel voordeel is behaald. Zie nr. 236.

195 HR 19 mei 1998, JOW 1998, 49, JOW 1999, 34, en HR 19 mei 1998, JOW 1998, 50.

196 Voor het overige blijkt uit deze uitspraken (impliciet) dat de Hoge Raad zich kan verenigen met een proportionele afschrijving van investeringen. Zie ook nr. 281.

197 HR 8 juli 1998, NJ 1998, 841, m.nt. Sch, JOW 1998, 54.

198 Kennelijk anders: A-G Fokkens in zijn conclusie voor HR 19 december 2000, nr. 2013/00 P (niet gepubliceerd).

Opiumwetdelicten die ten grondslag liggen aan de becijfering van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

De transactie waarbij niet is betaald, heeft (logischerwijs) geen opbrengst opgeleverd waardoor deze niet in de ontnemingsvordering is betrokken.¹⁹⁹ De ontnemingsmaatregel – en daarmee de kostenafrek – richt zich, zo volgt uit de overwegingen van de Hoge Raad, alleen op feiten waaruit wel enige opbrengst is behaald.²⁰⁰

274. Uit het voorgaande blijkt dat de mogelijkheid van kostenafrek, op een enkele uitzondering na, onomstreden is. De algemene voorwaarde die daarbij naar voren komt, is dat de kosten in een directe relatie staan tot het strafbare feit waaruit het voordeel is verkregen. Dat een dergelijk verband wordt vereist, hoeft geenszins verbazing te wekken. Kosten staan immers nooit op zichzelf, maar zijn altijd gerelateerd aan een bepaalde activiteit.²⁰¹ Indien de ontnemingsmaatregel geen betrekking heeft op die activiteit, zijn de daaraan verbonden kosten vanzelfsprekend niet relevant. Het is dan ook interessanter om na te gaan in welke gevallen en in welke mate bepaalde uitgaven gerelateerd zijn aan de verkrijging van voordeel. Anders gezegd: wat houdt de vereiste directe relatie tussen de opbrengst-voortbrengende activiteit en de kosten precies in?

7.3 *Het criterium voor kostenafrek in de Ontnemingsrichtlijn en de literatuur*

7.3.1 *Hoofddregel: noodzakelijke of reële kosten?*

275. De Ontnemingsrichtlijn hanteert als uitgangspunt voor de kostenafrek dat de veroordeelde in de vermogenspositie wordt gebracht die zou hebben bestaan indien het strafbare feit niet zou zijn voltooid. Daaruit vloeit (onder meer) de regel voort dat kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict, van

199 Onder omstandigheden ligt dit anders, namelijk indien de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel geschiedt aan de hand van een tijdvakberekening. Zie daarover nr. 318.

200 Het arrest omvat voorts nog een overweging met betrekking tot de besteding van het voordeel aan voorwerpen die vervolgens weer in beslag worden genomen en onttrokken aan het verkeer. Hoewel de Hoge Raad deze kwestie lijkt op te vatten als een *besteding* die los staat van de voordeelsverkrijging (zie nader nr. 318), kan men ook stellen dat het kostencriterium geen toepassing vindt. Het nadeel dat de betrokkene leidt door de onttrekking aan het verkeer van bepaalde voorwerpen, staat los van die feiten waaruit hij wel enige opbrengst verkrijgt. Er is derhalve geen sprake van kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van die delicten.

201 Zo omschrijft het Groot woordenboek der Nederlandse taal (Van Dale) kosten als datgene '(...) wat voor een zaak die verhandeld wordt, een handeling, gebeurtenis enz. die plaatsheeft, betaald wordt of moet worden, (...)'. Zie voorts, vanuit bedrijfseconomisch perspectief, Vermeulen 1999, p. 80, die spreekt over offers die worden besteed aan de voortbrenging van een product.

belang kunnen zijn bij de bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel.²⁰² Uit de toelichting die Punt, namens het BOOM, op deze richtlijn heeft gegeven, blijkt dat het gaat om *noodzakelijke* kosten.²⁰³ De Ontnemingsrichtlijn bevat een aantal voorbeelden van dergelijke kosten. Het gaat onder meer om de inkoopprijs die een heler kwijt is voor de door hem verkochte voorwerpen of die een drugshandelaar betaalt voor zijn waar, en betalingen aan werknemers alsmede kosten voor grondstoffen en energie bij het verbouwen van hennep.²⁰⁴

276. De verschillende standpunten in de literatuur betreffende de kostenaf trek zijn te herleiden naar twee criteria.²⁰⁵ Het eerste criterium is naar voren gebracht door met name Simmelink en Van der Neut. Zij zoeken aansluiting bij het Urker visafslag-arrest en stellen vervolgens dat alle *noodzakelijke kosten* voor aftrek in aanmerking komen. De noodzakelijkheid van de kosten kan worden vastgesteld aan de hand van een *conditio sine qua non*-criterium: zou het begaan van het strafbare feit nog mogelijk zijn geweest, indien de betreffende kosten niet zouden zijn gemaakt? Indien deze vraag positief kan worden beantwoord, zijn deze kosten niet strikt noodzakelijk en derhalve niet aftrekbaar.²⁰⁶ Zij geven twee voorbeelden van dergelijke niet-noodzakelijke kosten: de aanschaf van een vuurwapen voor de beveiliging van een nog te verkopen partij drugs en de kosten van gas, licht en water ten behoeve van het leefklimaat in de werkvertrekken van een criminele organisatie.²⁰⁷

277. Het tweede criterium is ruimer. Aftrekbaar zijn alle kosten die daadwerkelijk zijn gemaakt ten behoeve van het begaan van het strafbare feit, voor zover deze *reëel* zijn.²⁰⁸ Op grond van dit criterium komen alle 'normale' kosten die met het

202 Ontnemingsrichtlijn (oud), Stcrt. 1997, nr. 37, par. VI.1, en Ontnemingsrichtlijn (herzien), Stcrt. 1997, nr. 223, en Stcrt. 1998, nr. 8, par. VI.1, vervangen door Richtlijn voor strafvordering bij ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, onderdeel 1.1.2. Zie ook het rapport-Wortel 1997, p. 6-10.

203 Punt 1997a, p. 130.

204 Bijlage 1 bij de Ontnemingsrichtlijn (oud en herzien) en Richtlijn voor strafvordering bij ontneming, voorbeelden 2, 3 en 5.

205 Buiten deze tweedeling valt Wöretshofer 1999, p. 78, die de aftrek van kosten als een (discretionaire?) matingsgrond lijkt te beschouwen.

206 Simmelink & Van der Neut 1996, p. 543. Zie ook Van der Neut 1997, p. 60, A-G Jörg in zijn conclusie voor HR 8 juli 1998, NJ 1998, 841, m.nt. Sch, JOW 1998, 54, A-G Fokkens in zijn conclusie voor HR 27 oktober 1998, JOW 1999, 4, Vermeulen 1999, p. 113-114, en Wolting 1999, p. 1075-1076. Vermeulen gaat daarbij nog een stap verder (op p. 124-125). Hij wenst lijsten aan te leggen (in de vorm van een algemene maatregel van bestuur), waarin per type delict de aftrekbare noodzakelijke kosten zijn gespecificeerd naar soort en omvang. Dit stelsel omvat een objectivering van het voordeelsbegrip die gelet op het karakter van de ontnemingsmaatregel onaanvaardbaar is. Vgl. nr. 255.

207 Simmelink & Van der Neut 1996, p. 543. Zie ook Van der Neut 1997, p. 61.

208 Boersma 1996, p. 144, Doorenbos 1997, p. 92-93, en Keulen 1999, p. 109. Zie ook Bakker, Faure, Van der Landen, Niessen & De Roos 1998, p. 264. Ook ik heb mij eerder in deze zin uitgelaten, zie Borgers 1998b, p. 99.

begaan van het strafbare feit zijn gemoeid, voor aftrek in aanmerking. Deze kosten hoeven niet strikt noodzakelijk te zijn. Het kan gaan om kosten die wellicht niet noodzakelijk, maar ook niet hoogst ongebruikelijk zijn.²⁰⁹ Zo is de aftrek van de kosten voor de beveiliging van voorraden niet op voorhand onredelijk indien het gaat om een betrokkene die op grote schaal in drugs handelt. De clausule dat de kosten reëel moeten zijn, voorkomt dat ook exorbitante kosten aftrekbaar zouden zijn. Ik denk bijvoorbeeld aan vervoerskosten die een betrokkene ten behoeve van zijn drugshandel maakt, waarbij hij zich enkel laat vervoeren in luxe limousines en privé-jets. Dergelijk vervoer is exorbitant in die zin dat deze wijze van vervoer niet enkel functioneel is, maar juist ook een zeker genot voor de betrokkene verschaft. Volledige aftrek van die kosten zou niet redelijk zijn.

Het criterium van de reële kosten sluit beter aan bij het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel dan het noodzakelijkheids criterium. Het bewerkstelligen van rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene impliceert immers dat al hetgeen de betrokkene aan het begaan van het strafbare feit daadwerkelijk heeft overgehouden, in beginsel wordt ontnomen. Het enkele feit dat de betrokkene wellicht kosten heeft gemaakt die (achteraf) als niet als noodzakelijk gelden, doet daar niet aan af.²¹⁰ De wet vereist niet van de betrokkene dat hij zijn strafbaar handelen op een zo efficiënt mogelijke wijze uitvoert.²¹¹ Alleen kosten die een excessief karakter hebben, en dientengevolge mede zijn gerelateerd aan het verkrijgen van een zeker genot, kunnen niet (geheel) voor aftrek in aanmerking komen. Kortom: het hanteren van een noodzakelijkheids criterium geldt op grond van het karakter van de ontnemingsmaatregel als te zuinig.²¹²

278. De regel dat (reële) kosten op de (bruto-)opbrengst in mindering moeten worden gebracht, sluit aan bij het (oude) Duitse recht. In rechtspraak en literatuur is het onomstreden dat het *Vermögensvorteil* en het *wirtschaftlicher Vorteil* reeds gelet op de letterlijke betekenis van die begrippen²¹³ enkel de winst (opbrengst

209 Anders gezegd: het moet niet onwaarschijnlijk zijn dat de betreffende kosten door een ieder zouden zijn gemaakt in dezelfde situatie. Vgl. Boersma 1996, 144.

210 Vereist is uiteraard wel dat de gestelde kosten in de ontnemingsprocedure aannemelijk zijn geworden. Zie over dit criterium nader nr. 378 en 400.

211 Zie ook Keulen 1999, p. 106: 'Beoogd is niet, de veroordeelde te straffen voor slecht vermogensbeheer; slechts het voordeel uit zijn criminele activiteiten moet hem worden ontnomen.'

212 Opmerkelijk is dat Simmelink en Van der Neut, die het noodzakelijkheids criterium hanteren, zich eveneens op het karakter van de ontnemingsmaatregel beroepen. Zie Van der Neut en Simmelink 1999, p. 134. De context is evenwel enigszins anders, namelijk: de – hierna nog te bespreken – aftrekmogelijkheden voor het gebruik van duurzame activa. Het beroep van Simmelink en Van der Neut op het karakter van de ontnemingsmaatregel zou erop kunnen duiden dat zij geen heel strikte invulling van het noodzakelijkheids criterium voorstaan, zodat er *de facto* geen wezenlijk verschil bestaat met het criterium van de reële kosten.

213 In de Nederlandse literatuur wordt daarentegen weinig waarde gehecht aan de letterlijke betekenis van het begrip 'voordeel'. Uitzonderingen zijn Boersma 1996, p. 144, en Vermeulen 1999, p. 71.

minus kosten) omvatten.²¹⁴ De vaststelling van de kosten is, zo wordt in de literatuur gesteld, niet gebonden aan enige kwalificatie met betrekking tot die kosten.²¹⁵ Dat houdt onder meer in dat de noodzakelijkheid van de kosten niet relevant is.²¹⁶

In het hoofdstuk over het karakter van de ontnemingsmaatregel is reeds gebleken dat de omschakeling van het *Nettoprinzip* naar het *Bruttoprinzip* in de regeling van het *Verfall* (in het StGB en de OWiG) tot gevolg heeft dat voor die sanctie kostenafrek niet meer mogelijk is.²¹⁷ De consequentie daarvan, zoals die in de literatuur wordt getrokken, is dat het *Verfall* thans als *strafähnliche Maßnahme* heeft te gelden en derhalve aan het *Schuldprinzip* onderworpen is. Naar aanleiding van dit onderdeel van het Duitse recht heb ik geconstateerd dat het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel geen betalingsverplichting toelaat die verder reikt dan het rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene. Daarmee is aftrek van kosten op grond van het karakter van de maatregel voorgeschreven.²¹⁸

7.3.2 Toepassing: voorbereidingskosten

279. Het uitgangspunt van de Ontnemingsrichtlijn is, zoals gezegd, dat de veroordeelde in de vermogenspositie wordt gebracht die zou hebben bestaan indien het strafbare feit niet zou zijn voltooid. Dit brengt met zich mee, zo stelt de richtlijn,

214 Zie Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 6: '(...) von einem "Vorteil" [kann] nur dann gesprochen werden, wenn gegen das dem Täter Zuefließende seine dafür gemachten Aufwendungen aufzurechnen sind und ihm dabei ein Plus verbleibt.' Zie voorts met betrekking tot § 73 (oud) StGB: BGH 28 maart 1979, BGHSt 28, 369, NJW 1979, p. 1942, BGH 20 februari 1981, BGHSt 30, 46, NJW 1981, p. 1457-1458, BGH 26 juni 1981, StV 1981, p. 627, BGH 18 december 1981, BGHSt 30, 314, NJW 1982, p. 774, BGH 24 augustus 1983, NStZ 1984, p. 27-28, BGH 21 september 1983, wistra 1983, p. 256, BGH 17 januari 1986, NJW 1986, p. 1624-1625, BGH 3 augustus 1988, NStZ 1988, p. 496-497, BGH 14 september 1989, BGHSt 36, 251, NStZ 1989, p. 572-573, en voor wat betreft de literatuur onder andere Güntert 1983, p. 39, LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 15-16, Hildenstab 1990, p. 55, Schultehinrichs 1991, p. 20-22, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 17a. Zie met betrekking tot § 17 Abs. 4 OWiG en § 29a (oud) OWiG: OLG Hamburg 3 maart 1971, NJW 1971, p. 1000-1003, OLG Karlsruhe 30 december 1974, NJW 1975, p. 793-794, JR 1976, p. 121-124, m.nt. Keller, OLG Koblenz 28 september 1983, GewArch 1984, p. 31-32, en voor wat betreft de literatuur onder andere Sannwald 1986a, p. 85, Sannwald 1986b, p. 320, KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 124, Tiedemann 1990, p. 1, Drathjer 1997, p. 63, Göhler 1998, § 17, Rn. 42, § 29a, Rn. 4a, Lemke 1999, § 17, Rn. 31, en Müther 1999, p. 59-60. Dit ligt anders waar het gaat om de *Mehrerlösabführung*. Tengevolge van de abstracte berekeningswijze die daarin besloten ligt, wordt bij de vaststelling van de *Mehrerlös* geen rekening gehouden met kosten. Zie nr. 225.

215 Het gaat omeen 'neutrale Betrachtungsweise'. Zie Güntert 1983, p. 40, KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 124, Hildenstab 1990, p. 56, en Müther 1999, p. 63.

216 Expliciet Schultehinrichs 1991, p. 21-22.

217 Zie in dit verband BGH 19 november 1993, NStZ 1994, p. 123-124, StV 1994, p. 126-127, BGH 1 maart 1995, NJW 1995, p. 2235-2236, NStZ 1995, p. 491-492, BGH 17 april 1996, NStZ 1996, p. 539-540, OLG Celle 16 mei 1997, NStZ 1997, p. 554-556, BayObLG 19 juni 1997, wistra 1997, p. 317-318, BGH 5 april 2000, wistra 2000, p. 298, en BayObLG 27 april 2000, wistra 2000, p. 395-397.

218 Zie naast nr. 121 ook Borgers 1998b, p. 98-101, 103-104.

dat kosten die zijn gemaakt in de periode voorafgaand aan het begaan van het strafbare feit, niet voor aftrek in aanmerking komen. Een voorbeeld van dergelijke voorbereidingskosten is de aanschaf van een auto en een vuurwapen ten behoeve van het plegen van een bankoverval.²¹⁹

De (gestelde) niet-aftrekbaarheid van deze voorbereidingskosten rust, blijkens de toelichting van Punt, op twee argumenten.²²⁰ Ten eerste, door de aanschaf van de auto en het vuurwapen wordt de betrokkene niet armer of rijker. Zijn vermogen blijft hetzelfde. Ten tweede, zou de overvaller toch niet overgaan tot de uitvoering van het delict, dan kan hij zijn gemaakte kosten nergens in aftrek brengen. Indien men dergelijke voorbereidingskosten vervolgens in aftrek neemt bij de overvaller die het delict wel heeft begaan, zou er een (ongerechtvaardigd) verschil ontstaan tussen de overvaller die zich bedenkt en de overvaller die zijn voornemen doorzet.

Deze visie sluit nauw aan bij de – in de eerste versie van de Ontnemingsrichtlijn opgenomen, maar in de herziene versie geschrapte – stelling van het Openbaar Ministerie dat bij de voordeelsberekening aangesloten moet worden bij de vermogenspositie van de betrokkene vlak voor en na het begaan van het feit (zie nr. 249). Voorbereidingskosten vallen buiten deze periode en zijn derhalve niet ter zake doende.²²¹

280. Of men nu uitgaat van noodzakelijke kosten of van reële kosten, in beide gevallen kan het standpunt van het Openbaar Ministerie over de voorbereidingskosten worden bekritiseerd. Het eerste argument – de betrokkene wordt niet armer of rijker – brengt in wezen tot uitdrukking dat deze kosten niet gerelateerd zouden zijn aan het begaan van het strafbare feit. Dit is geen deugdelijk argument. Voorbereidingskosten worden juist gemaakt om het strafbare feit te kunnen begaan en ze zijn dan ook onlosmakelijk verbonden met het begaan van dat strafbare feit.²²² Anders gezegd: juist vanwege het begaan van het strafbare feit worden de voorbereidingskosten op dat moment *uitvoeringskosten*. Het onderscheid tussen kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict, en kosten ter voorbereiding van het delict is kunstmatig en heeft voor de aftrekbaarheid geen relevantie.²²³

Het enkele feit dat de voorbereidingskosten nergens in aftrek kunnen worden gebracht indien het strafbare feit niet wordt begaan – het tweede argument –, is naar mijn mening irrelevant. De ontnemingsmaatregel heeft immers betrekking

219 Bijlage I bij de Ontnemingsrichtlijn (oud en herzien), Stcrt. 1997, nr. 37, Stcrt. 1997, nr. 223, Stcrt. 1998, nr. 8, en Richtlijn voor strafvordering bij ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, voorbeeld 4.

220 Punt 1997a, p. 129-130.

221 Vgl. Punt 1997a, p. 130.

222 Simmelink & Van der Neut 1996, p. 542, en De Roos 1998, p. 320. Vgl. ook Keulen 1999, p. 107, en Wolting 1999, p. 1075.

223 Zo ook, met betrekking tot het Duitse recht, Güntert 1983, p. 40-41, en Hildenstab 1990, p. 57.

op strafbare feiten die wel zijn begaan, niet op feiten die niet plaatsvinden.²²⁴ Begaat men geen strafbaar feit, dan is er per definitie geen sprake van (uitvoerings)kosten, dat wil zeggen: lasten die aan een bepaalde activiteit zijn verbonden.²²⁵

281. Het kan voorkomen dat bepaalde voorbereidingskosten voor meerdere delicten worden gemaakt, terwijl niet al die delicten in de ontnemingsvordering zijn betrokken.²²⁶ In dat geval moet worden berekend welk deel van de totale voorbereiding per delict relevant en dus aftrekbaar is.²²⁷ Indien een vrachtauto bijvoorbeeld voor meerdere drugstransporten wordt aangeschaft, kan per transport worden berekend welk deel van de aanschafkosten van de vrachtauto betrekking heeft op dat transport. Het gaat dan om de afschrijvingskosten.²²⁸

Het is ook mogelijk dat de betrokkene bepaalde uitgaven niet alleen doet ten behoeve van het begaan van strafbare feiten, maar tevens voor privé-doeleinden. Wordt bijvoorbeeld een auto aangeschaft voor zowel privé-gebruik als drugstransporten, dan geldt het privé-gebruik als een niet aan het begaan van de strafbare feiten gerelateerde kostenpost. Deze is niet aftrekbaar.²²⁹ Voor wat betreft de drugstransporten zullen de aftrekbare kosten bestaan uit de afschrijving op de waarde van de auto voor zover deze wordt veroorzaakt door die transporten.

7.3.3 Toepassing: het gebruik van duurzame activa (investeringen)

282. De Ontnemingsrichtlijn noemt naast de voorbereidingskosten ook uitgaven voor duurzame activa (investeringen). Een scherp onderscheid tussen deze posten bestaat er naar mijn mening niet. Het doen van investeringen betekent in dit verband niets anders dan dat men (duurzame) voorwerpen aanschaft die voor het begaan van meerdere strafbare feiten of legale activiteiten bestemd zijn. In die zin is er

224 Vgl. ook Keulen 1999, p. 107, die erop wijst dat het relevant achten van een tijdsverschil tussen de aanschaf van een bepaald voorwerp en het gebruik daarvan, eveneens tot ongerechtvaardigde verschillen kan leiden, en Wolting 1999, p. 1074, die het afzien van het begaan van het delict tot de risicosfeer van de betrokkene rekent.

225 Dit blijkt impliciet ook uit de rechtspraak waarin is uitgemaakt dat de besteding van het verkregen voordeel aan drugs welke vervolgens aan het verkeer worden onttrokken, niet tot vermindering van dat voordeel leidt. In dat geval is er geen sprake van een vermindering die in direct verband staat met de verkrijging van het voordeel. Zie nr. 273 (noot 199).

226 Het gaat dan in feite om het gebruik van duurzame activa. Daarover nr. 282-285.

227 Vgl. Simmelink & Van der Neut 1996, p. 543, Van der Neut 1997, p. 61, en Wolting 1999, p. 1076-1077. Zie ook Bakker, Faure, Van der Landen, Niessen & De Roos 1998, p. 264.

228 Zo ook Bakker, Faure, Van der Landen, Niessen & De Roos 1998, p. 264, Rb. Middelburg 11 augustus 1999, JOW 1999, 59, en Keulen 1999, p. 109. Vgl. ook HR 19 mei 1998, JOW 1998, 49, JOW 1999, 34, en HR 19 mei 1998, JOW 1998, 50: het oordeel van het hof dat een kwart van de kosten, bestaande uit het aanleggen van een hennepkwekerij, aan één van de vier oogsten wordt toegerekend, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. De overige drie oogsten waren overigens mislukt. In het geval van een tijdvakberekening kan dit anders liggen. Zie nr. 318.

229 Zie ook Boersma 1996, p. 144, en Keulen 1999, p. 107-108. Vgl. ook Rb. Den Bosch 21 november 1996, JOW 1998, 32, en Rb. Breda 25 augustus 1997, JOW 1998, 61.

sprake van (een variant op de) voorbereidingskosten. Ook hier is de rechtens relevante vraag in hoeverre er sprake is van uitvoeringskosten. Deze bestaan uit de afschrijving op die voorwerpen tengevolge van het begaan van het strafbare feit.²³⁰

283. De reden die in de Ontnemingsrichtlijn wordt genoemd voor de uitsluiting van duurzame activa bij de kostenaf trek is opmerkelijk:

Deze voorwerpen komen immers in principe voor verbeurdverklaring c.q. onttrekking aan het verkeer in aanmerking. Betrokkene neemt met zulk gebruik van die voorwerpen bewust dat risico. Bij het bepalen van het wederrechtelijk verkregen voordeel dient dat risico niet gecompenseerd te worden in de vorm van een aftrekpost.²³¹

Een voorbeeld van een dergelijke investering dat wordt genoemd, is een set groeilampen die eerst bij de teelt van hennep wordt gebruikt en vervolgens door de rechter verbeurd wordt verklaard.²³²

De argumentatie van de Ontnemingsrichtlijn laat zich moeilijk begrijpen. De centrale stelling lijkt te zijn dat het effect van een verbeurdverklaring of een onttrekking aan het verkeer²³³ teniet zou kunnen worden gedaan doordat er een kostenpost wordt aangenomen waardoor het te ontnemen bedrag lager uitkomt.²³⁴ Er wordt daarbij kennelijk verondersteld dat de verbeurdverklaring en de betreffende kostenpost op één en hetzelfde feit betrekking hebben. De vraag is of dat het geval is. Aan de hand van een nadere uitwerking van het voorbeeld van de groeilampen kan het knelpunt in de argumentatie worden blootgelegd.

230 Vgl. ook Vermeulen 1999, p. 111.

231 Een soortgelijke redenering kan men herkennen in BGH I maart 1995, NJW 1995, p. 2235-2236, NStZ 1995, p. 491-492.

232 Bijlage I bij de Ontnemingsrichtlijn (oud en herzien), Stcrt. 1997, nr. 37, Stcrt. 1997, nr. 223, Stcrt. 1998, nr. 8, en Richtlijn voor strafvordering bij ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, voorbeeld 5.

233 Niettegenstaande de formulering van deze uitsluiting in de Ontnemingsrichtlijn lijkt het niet zozeer te gaan om het risico van verbeurdverklaring of onttrekking, maar veeleer om de verwezenlijking van dat risico.

234 Vgl. bijvoorbeeld de gedachte achter de Wet afschaffing aftrekbaarheid van geldboeten (Stb. 1990, 657), waarover uitgebreid Hertoghs 1991, en Wattel 1992, p. 57-197. Deze wet sluit de aftrekbaarheid van onder andere strafrechtelijke geldboeten uit om zodoende te voorkomen dat het effect – dat wil zeggen: het netto te betalen bedrag – van die geldboete zou verminderen. Zie nader Memorie van Toelichting, TK 1988-1989, 20 857, nr. 3, p. 1-3, en Memorie van Antwoord, TK 1988-1989, 20 857, nr. 6, p. 2. Hiermee wordt het belang van de strafrechtelijke sanctionering gesteld boven dat van de fiscale neutraliteit. Dit wordt doorgaans positief gewaardeerd. Zie Mok 1982, F.H.M. Grapperhaus 1987, p. 42-44, en Wattel 1992, p. 105-111. Anders: Schonis 1982. Ik laat deze kwestie verder rusten, nu ik in het navolgende aannemelijk tracht te maken dat het in de Ontnemingsrichtlijn betoogde op een praktische denkfout berust.

284. Stel: de groeilampen hebben een nieuwwaarde van f 10 per stuk. Na enig tijdsverloop, waarin enkele oogsten hebben plaatsgevonden, hebben de lampen een restwaarde van f 4 per stuk. Dit betekent dat, voor wat betreft de lampen, aan de verkoopopbrengst van de oogsten een kostenpost van f $(10-4)$ 6 per lamp is verbonden. Deze kosten moeten volgens het principe van de reële (uitvoerings)kosten in mindering worden gebracht op de verkoopopbrengst. De lampen met een restwaarde van f 4 per stuk blijven gewoon bij de betrokkene, tenzij de rechter deze zou verbeurdverklaren. Gebeurt dat, dan heeft die verbeurdverklaring enkel betrekking op de lampen met de genoemde restwaarde en logischerwijs niet op het gebruik van de lampen ter waarde van f 6 per stuk.

Kortom: het gebruik van de lampen (kosten) en de gebruikte lampen zelf (object van verbeurdverklaring) staan los van elkaar. Dientengevolge houdt de verbeurdverklaring geen verband met de aftrek van de kosten.²³⁵ De Ontnemingsrichtlijn ziet dit, ten onrechte, over het hoofd. De consequentie hiervan is dat het standpunt van de Ontnemingsrichtlijn inzake de duurzame activa van de hand moet worden gewezen.

285. Voor alle duidelijkheid wijs ik erop dat een verbeurdverklaring of een onttrekking aan het verkeer soms op hetzelfde object betrekking kan hebben als een ontnemingsmaatregel. De opbrengst van een drugstransactie zou bijvoorbeeld letterlijk uit een zak met geld kunnen bestaan. Dit geld kan in beslag worden genomen en vervolgens verbeurd worden verklaard. Het verkregen voordeel komt hiermee aan de dader te vervallen. Een ander voorbeeld is het stelen van een wapen. Dit wapen vormt een verkregen voordeel (te weten: de waarde van het wapen). Het wapen kan echter aan het verkeer worden onttrokken.

De verbeurdverklaring en de onttrekking aan het verkeer zijn in deze gevallen geen kosten ter uitvoering van het delict, maar juist de opbrengst. Door de verbeurdverklaring en de onttrekking aan het verkeer komt deze opbrengst weer aan de betrokkene te vervallen. In dergelijke omstandigheden is er geen ruimte meer voor een ontnemingsmaatregel, het voordeel is immers al verdwenen.²³⁶ De Ontnemingsrichtlijn erkent dit overigens wel.²³⁷

235 Vgl. ook Rb. Middelburg 26 oktober 1995, JOW 1996, 113, Keulen, p. 110, en, minder stellig, Vermeulen 1999, p. 112, 119-120.

236 Zie ook Rb. Utrecht 5 oktober 1995, JOW 1996, 77, Rb. Middelburg 26 oktober 1995, JOW 1996, 113, Rb. Zutphen 13 maart 1996, JOW 1996, 160, Rb. Haarlem 28 maart 1996, JOW 1997, 59, Hof Den Bosch 23 mei 1996, JOW 1998, 95, Rb. Rotterdam 1 september 1997, JOW 1998, 96, en Rb. Rotterdam 20 november 1997, JOW 1998, 5. Vgl. ook, voor het Duitse recht, BGH 28 maart 1979, BGHSt 28, 369, NJW 1979, p. 1942. Anders: Rb. Breda 18 november 1996, JOW 1997, 81, en Vermeulen 1999, p. 120. Men zou nog wel kunnen stellen dat het achterwege laten van de ontnemingsmaatregel afbreuk doet aan het leedtoevoegende karakter van de verbeurdverklaring. Daar staat echter tegenover dat de verbeurdverklaring weliswaar als straf geldt, maar dat het karakter niet zonder meer als louter punitief wordt aangeduid. Vgl. nr. 98.

237 Richtlijn voor strafvordering bij ontneming, onderdeel 1.1.3.

7.3.4 Toepassing: 'gemengde' kosten

286. Het is denkbaar dat strafbare feiten plaatsvinden naast allerlei legale activiteiten, waarbij bepaalde kostenposten relevant zijn voor de illegale en de legale activiteiten. In dat geval is het zaak, evenals bij het gebruik van bepaalde voorwerpen voor meerdere doeleinden (voorbereidingskosten, duurzame activa), te onderzoeken in hoeverre die kosten zijn toe te rekenen aan de illegale activiteiten (zie ook nr. 281). Dit is niet altijd even eenvoudig.

Stel: een exploitant van een afvalstortplaats laat de storting van een bepaald soort afval toe, terwijl die storting niet is toegestaan gelet op zijn (op basis van de Wet Milieubeheer afgegeven) vergunning. De opbrengst die de exploitant hiermee behaalt, is wederrechtelijk verkregen. Moet nu bij de vaststelling van het bedrag van het verkregen voordeel ook rekening worden gehouden met de algemene bedrijfskosten van de exploitant, waaronder bijvoorbeeld het salaris van de portier?²³⁸

287. In twee situaties is de vaststelling van het aandeel van de algemene kosten betrekkelijk eenvoudig.²³⁹ Indien het strafbare feit een incident vormt in een situatie waarin normaliter legale activiteiten worden verricht, zijn de algemene bedrijfskosten gerelateerd aan die legale activiteiten en niet aan het incident. Anders gezegd: (het voornemen tot) de strafbare gedraging is geen aanleiding voor het maken van de algemene bedrijfskosten en in zoverre ontbreekt het causale verband tussen strafbare gedraging en die kosten.²⁴⁰ Is er daarentegen sprake van een onderneming waarin praktisch alleen maar strafbare feiten plaatsvinden, dan geldt dat alle bedrijfskosten in relatie staan met die strafbare feiten.²⁴¹

Tussen deze beide situaties kunnen zich uiteraard nog vele varianten voordoen. Een algemene vuistregel voor die gevallen ontbreekt. Men ontkomt er niet aan om voor het concrete geval meer in detail te onderzoeken of, en zo ja: in welke mate, de strafbare feiten aanleiding zijn geweest voor het maken van bepaalde algemene bedrijfsmatige kosten.²⁴² Indien bijvoorbeeld komt vast te staan dat bepaalde milieu-overtredingen in een bedrijf ertoe hebben geleid dat er twee man

238 Dit voorbeeld is ontleend aan Franzheim 1986, p. 254.

239 Zie ook Bakker, Faure, Van der Landen, Niessen & De Roos 1998, p. 264, 268-269, en Vermeulen 1999, p. 113. Voor wat betreft het Duitse recht wordt dit onderscheid gemaakt door Güntert 1983, p. 42-43, Franzheim 1986, p. 254, en Franzheim 1989, p. 90.

240 Vgl. ook Rb. Den Bosch 25 februari 1998, JOW 1999, 12.

241 Zou de oplegging van een ontnemingsmaatregel slechts betrekking hebben op enkele van deze feiten, dan is het zaak om de algemene kosten proportioneel om te slaan over de verschillende feiten.

242 Vgl. Güntert 1983, p. 43, en Drathjer 1997, p. 65. Anders: Müther 1999, p. 63. Hij stelt dat het in acht nemen van de algemene kosten een ontoelaatbaar verschil bewerkstelligt tussen de incidentele overtreder en de structurele overtreder. Ik kan dat niet inzien. Het gaat enkel om de vaststelling van het causale verband tussen bepaalde uitgaven en bepaalde opbrengsten.

extra personeel is aangenomen, moeten de salariskosten hiervoor verdisconteerd worden bij de vaststelling van het voordeel.²⁴³ Zou dit bedrijf immers geen strafbare feiten hebben begaan, dan zou deze kostenpost achterwege zijn gebleven.

Het behoeft geen betoog dat de feitelijke vaststelling van deze 'gemengde' kosten geen sinecure is. Dat kan echter geen aanleiding zijn voor een benadering waarin de toerekening van dergelijke algemene kosten aan strafbare feiten achterwege zou blijven. Het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel verzet zich daartegen, omdat het niet-verdisconteren van wel met de opbrengst gerelateerde kosten leidt tot de vaststelling van een bedrag hoger dan het daadwerkelijk verkregen voordeel.²⁴⁴

7.4 *Uitsluiting van kostenaf trek in het fiscale recht*

288. Het criterium dat naar voren is gekomen, is dat alle reële kosten die zijn gemaakt ter uitvoering van het strafbare feit voor aftrek in aanmerking komen. Er is geen bepaald type kosten bij voorbaat uitgesloten. In het licht van deze ruime mogelijkheid van kostenaf trek valt het op dat in het fiscale recht sinds 1 januari 1997 een aftrekuitsluiting geldt waar het gaat om kosten die verband houden met strafbare gedragingen. Deze uitsluiting maakt onderdeel uit van de Wet beperking aftrekbaarheid ter zake van criminele activiteiten (Wbaca),²⁴⁵ die ook wel bekend staat als de 'pitbullwetgeving'.²⁴⁶

De fiscale uitsluiting heeft geen directe betekenis voor de ontnemingsmaatregel, in die zin dat de betreffende wettelijke bepalingen niet van (overeenkomstige) toepassing zijn op art. 36e Sr. Men kan zich niettemin afvragen of de beweegredenen voor uitsluiting in het fiscale recht aanleiding geven om de kostenaf trek bij de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel te heroverwegen. Daartoe is des te meer aanleiding omdat de wijzigingen die de Wbaca heeft aangebracht in het fiscale recht, hoofdzakelijk zijn verdedigd met het argument van de eenheid van de rechtsorde. De (fiscale) wetgever heeft daarbij weliswaar niet expliciet het oog op (de kostenaf trek met betrekking tot) de ontnemingsmaatregel, maar het argument geeft op zichzelf al voldoende aanleiding voor een nader onderzoek.

243 Het gaat dan om de meerkosten. Zie ook OLG Frankfurt 23 mei 1986, wistra 1988, p. 155-156. Daarbij is mijns inziens niet vereist dat komt vast te staan dat juist deze twee personeelsleden de uitvoering van de strafbare feiten verzorgen. De activiteiten kunnen over meerdere personen worden gespreid.

244 Enige verlichting kan onder omstandigheden worden geboden door het gebruik van een bewijsvermoeden. Zie nader nr. 349-354.

245 Wet van 20 december 1996, Stb. 657. Kamerstukken onder nummer 25 019. Zie voor uitvoerige beschouwingen over deze wet Meussen 1997, Ruys 1997, en Persoon 1997.

246 Deze naam is gehanteerd door de staatssecretaris van Financiën en heeft betrekking op één van de aftrekbeperkingen: kosten die samenhangen met agressieve dieren. Zie Handelingen TK 27 november 1996, p. 2598.

Dit argument wijst er immers op dat de wetgever zich bij de totstandkoming van de Wbaca heeft laten leiden door beginselen en (andere) begrippen die een belangrijke rol spelen in ons rechtstelsel en meer in het bijzonder bij het formuleren van wettelijke voorschriften.²⁴⁷

289. De Wbaca heeft een aantal wijzigingen aangebracht in de mogelijkheden van kostenafrek met betrekking tot de belastingen in de winst- en inkomstenseer. Hiermee zijn beperkingen aangebracht in een stelsel waarin als uitgangspunt geldt dat bij de belastingheffing rekening wordt gehouden met de kosten die zijn gemoeid met het behalen van de winst of het inkomen.²⁴⁸ Tot de invoering van de Wbaca was de al dan niet misdadige aard van de activiteit waarmee de winst of het inkomen is behaald, niet relevant.²⁴⁹ Ook voor de afrek van kosten golden er in dat opzicht geen bijzondere beperkingen.²⁵⁰ Dit staat bekend als de fiscale neutraliteit.²⁵¹

De belangrijkste wijziging die de Wbaca in het fiscale recht heeft aangebracht, betreft de afrekuitsluiting van kosten die verband houden met misdrijven ter zake waarvan de belastingplichtige (ondernemer) door een Nederlandse strafrechter bij onherroepelijke uitspraak is veroordeeld.²⁵² Dezelfde uitsluiting geldt met betrekking tot misdrijven die ad informandum zijn afgedaan, en misdrijven ter zake waarvan de ondernemer ter voorkoming van strafvervolgung in Nederland

247 Hierdoor wordt zo veel mogelijk gewaarborgd dat er sprake is van een consistent rechtstelsel, waarin geen innerlijke tegenspraak aanwezig is. Zie in dit verband met name Bloembergen 1992b, p. 314, 316-319, en voor wat betreft de afwezigheid van tegenspraak, Asser-Scholten 1934, p. 63-64: '(...) de rechtsorde is een geheel.'

248 Zie voor de winstseer met name HR 9 maart 1983, BNB 1983, 202 (Cessna-arrest), en voorts HR 31 december 1958, BNB 1959, 67, en HR 27 oktober 1976, BNB 1977, 4. In de Wet IB 2001 geldt hetzelfde uitgangspunt, zie art. 3.8, welke niet afwijkt van art. 7 Wet IB 1964. Zie voor de inkomstenseer art. 35 lid 1 Wet IB 1964, waarin als criterium 'ter verwerving, inning en behoud van de inkomsten' wordt genoemd. In de Wet IB 2001 is de kostenafrek minder ruim vormgegeven, zie art. 3.80 tot en met 3.89. Een uitsluiting van kosten die bestaan uit geldboeten, geldt overigens sinds 1991. Zie noot 233.

249 Zie HR 15 maart 1944, B. 7819, HR 20 juni 1951, B. 9055, HR 1 oktober 1952, B. 9254, HR 29 december 1954, BNB 1955, 52, Hof Den Bosch 15 februari 1974, BNB 1974, 303, Hof Den Bosch 5 december 1986, FED 1988, 253, HR 6 januari 1988, FED 1988, 254, HR 24 juni 1992, FED 1992, 582, en HR 24 juni 1992, BNB 1993, 19, FED 1992, 583.

250 Zie HR 15 maart 1944, B. 7819, HR 5 april 1950, B. 8808, en HR 20 juni 1951, B. 9057. Vgl. ook Hof Den Haag 15 oktober 1989, FED 1989, 762.

251 Zie over dit en aanverwante principes uitgebreid nader Wattel 1992, p. 4-75. Zie voor de (wisselende) visie van de wetgever over de fiscale neutraliteit Memorie van Toelichting, TK 1988-1989, 20 857, nr. 3, p. 2, Memorie van Antwoord, TK 1988-1989, 20 857, nr. 5, p. 1, Memorie van Antwoord I, EK 1990-1991, 20 857, nr. 97, p. 1, en Nota naar aanleiding van het Eindverslag, TK 1996-1997, 25 019, nr. 6, p. 6.

252 De tweede categorie kosten die van afrek zijn uitgesloten, zijn kosten die verband houden met het illegale bezit van wapens, munitie en agressieve dieren. In het nieuwe belastingstelsel: art. 3.14 lid 1 sub f Wet IB 2001, en art. 3.81 Wet IB 2001 jo. art. 15b lid 1 sub q LB. (Voorheen: art. 8a lid 1 sub e en f, en art. 36 lid 1 sub o en p IB alsmede art. 15 lid 1 sub o en p LB.) Wat betreft de hier bedoelde agressieve dieren: het gaat om 'honden van het pitbull-terriertype' (zie Regeling agressieve dieren (Stcrt. 1993, nr. 11), bijlage 1). Deze kostenuitsluiting is niet gekoppeld aan een veroordeling of een andere wijze van strafrechtelijke afdoening.

aan transactievoorwaarden heeft voldaan.²⁵³ De consequentie van deze aftreksluiting is dat de grondslag van de belastingheffing niet de winst of het inkomen is, maar de (bruto-)opbrengst.²⁵⁴

290. De Wbaca voorziet voorts in twee uitzonderingen op de uitsluiting van aftrek. In de winst sfeer bepaalt art. 3.14 lid 3 Wet IB 2001 (voorheen: art. 8a lid 4 Wet IB 1964) dat *niet* onder uitsluiting van aftrek vallen:

- a. aan de staat betaalde bedragen of (de waarde van de) aan de staat overgedragen inbeslaggenomen voorwerpen ter ontneming van het wederrechtelijk voordeel in de vorm van ontnemingsmaatregel, transactie of schikking;²⁵⁵ en
- b. vergoeding van door het misdrijf veroorzaakte schade.

Met de aftrekvoorziening voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel heeft de wetgever doublures met strafrechtelijk optreden ten aanzien van criminele opbrengsten willen voorkomen.²⁵⁶ Waar het voordeel reeds strafrechtelijk wordt ontnomen, is er volgens de wetgever geen reden meer om ten aanzien van dit voordeel fiscaal op te treden.²⁵⁷ De uitzondering voor betaalde schadevergoeding rust daarnaast op de gedachte dat het maatschappelijk belang gediend is met herstel van schade. Het gaat daarbij niet alleen om schadevergoedingen die door de rechter zijn opgelegd in het kader van de strafprocedure of een civiele procedure, maar ook om vrijwillig betaalde vergoedingen.²⁵⁸

In de inkomst sfeer zijn deze voorzieningen niet in de wet opgenomen. De wetgever gaat er vanuit dat de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel in de regel als negatieve inkomsten of negatief loon is aan te merken.²⁵⁹ Dit betekent dat het bedrag van de ontnemingsmaatregel aftrekbaar is.

253 In het nieuwe belastingstelsel: art. 3.14 lid 1 sub d en e Wet IB 2001 alsmede art. 3.81 Wet IB 2001 jo. art. 15b lid 1 sub o en p LB. (Voorheen: art. 8a lid 1 sub c en d, en art. 36 lid 1 sub m en n Wet IB 1964, en art. 15 lid 1 sub m en n Wet LB.)

254 Met een belastingplichtige (ondernemer) wordt, voor wat betreft deze kostenuitsluiting, gelijkgesteld degene die ten behoeve van de belastingplichtige opdracht tot het plegen van het misdrijf heeft gegeven of feitelijk leiding aan het misdrijf heeft gegeven. Zie art. 3.14 lid 5 Wet IB 2001 (voorheen: art. 8a lid 6 Wet IB 1964).

255 Vgl. ook HR 23 september 1998, JOW 1999, 36. Bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel wordt geen rekening gehouden met eventuele belastingheffing. Zie Memorie van Toelichting, p. 79, HR 17 februari 1998, NJ 1998, 499, Richtlijn strafvordering bij ontneming, par. 5, Aanwijzing ontneming, par. Opsporing, nr. 1, Besluit van 1 december 1997, nr. AFZ 97/2041, V-N 1997, p. 4684, Valkenburg 1999, p. 261-263, en Valkenburg 2000, p. 1051-1052. In de lagere jurisprudentie wordt soms bij de vaststelling van de betalingsverplichting wel rekening gehouden met fiscale heffingen. Zie Hof Arnhem 8 februari 1995, JOW 1996, 5, Rb. Zutphen 25 juni 1997, JOW 1998, 20, en Rb. Leeuwarden 31 oktober 1997, JOW 1998, 22.

256 De erkenning van de ontnemingsmaatregel als aftrekpost sluit aan bij het standpunt van de minister bij de ontnemingswetgeving over de fiscale behandeling van de ontnemingsmaatregel. Zie Memorie van Toelichting, p. 80.

257 Memorie van Toelichting, TK 1996-1997, 25 019, nr. 3, p. 3, 7.

258 Memorie van Toelichting, TK 1996-1997, 25 019, nr. 3, p. 3, 7-8.

259 Memorie van Toelichting, TK 1996-1997, 25 019, nr. 3, p. 3. Vgl. ook Persoon 1997, p. 1034.

291. De wijzigingen die de Wbaca heeft aangebracht in het fiscale recht, zijn door de wetgever verdedigd met het argument van de eenheid van de rechtsorde. Ervan uitgaande dat het een algemeen maatschappelijk belang is om criminaliteit tot het uiterste te bestrijden, ziet de wetgever een bepaalde spanning tussen enerzijds de fiscale neutraliteit en anderzijds de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. De eenheid van de rechtsorde brengt in de visie van de wetgever met zich mee dat kosten van criminele activiteiten zo veel mogelijk als fiscale aftrekpost moeten worden geweerd. Door een aftrekuitsluiting wordt dan rekening gehouden met de maatschappelijke onbetamelijkheid die in het strafrechtelijk oordeel tot uitdrukking wordt gebracht en wordt de genoemde spanning tussen het fiscale recht en het strafrecht opgeheven.²⁶⁰ Daarnaast verwacht de wetgever een preventieve werking van de aftrekuitsluiting.²⁶¹

De eenheid van de rechtsorde is de officiële, maar vermoedelijk niet de enige grondslag van de Wbaca. Voorafgaande aan de invoering van de Wbaca is er in de politiek en de media met enige regelmaat beroering geweest vanwege het feit dat elke misdadiger 'zo maar' zijn kosten kon aftrekken.²⁶² De maatschappelijke acceptatie van de fiscale neutraliteit is nooit groot geweest.

292. Voor de beoordeling van deze motivering van de wet door de wetgever is het noodzakelijk stil te staan bij de praktische uitwerking van de Wbaca. Indien een misdrijf voordeel oplevert en de dader wordt veroordeeld, is het mogelijk zowel een ontnemingsmaatregel op te leggen als belasting over dit feit te heffen conform de regels van de Wbaca. Bij het vaststellen van het wederrechtelijk verkregen voordeel moet de rechter rekening houden met de gemaakte kosten. De fiscus doet dit op grond van de Wbaca niet, maar brengt wel het bedrag van de ontnemingsmaatregel in mindering. Dit heeft als consequentie dat er belasting wordt geheven over het bedrag van de (bruto-)opbrengst minus het (netto-)voordeel. *De facto* wordt de grondslag voor de belastingheffing dan gevormd door het bedrag van de gemaakte kosten.²⁶³

De betaling van belasting over de kosten is kennelijk de wijze waarop de wetgever door middel van het fiscale recht rekening wil houden met de onbetamelijkheid die uit het strafrechtelijk oordeel spreekt. Er moet worden geconstateerd dat de gekozen constructie alles behalve fraai is. De hoogte van de belasting over de kosten wordt namelijk bepaald door de hoogte van die kosten. Een misdadiger die veel kosten maakt, moet dus ook meer belasting betalen. Het is mij niet duidelijk

260 Memorie van Toelichting, TK 1996-1997, 25 019, nr. 3, p. 1-2.

261 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, TK 1996-1997, 25 019, nr. 6, p. 5-6. De wetgever heeft daarbij het oog op de preventie van het begaan van een strafbaar feit, niet op de preventieve werking bestaande uit het ontmoedigen van het doen van aangifte.

262 Zie nader Persoon 1997, p. 1022-1023. Vgl. ook Ruys 1997, p. 1422.

263 Zie hierover uitgebreid Persoon 1997, p. 1035-1040.

hoe deze constructie positief en rationeel kan bijdragen aan de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Het lijkt eerder om een stimuleringsmaatregel te gaan in het kader van kostenreductie bij misdadig handelen.²⁶⁴

293. Uit het voorgaande blijkt dat het argument van de eenheid van de rechtsorde waarmee de totstandkoming van de Wbaca is onderbouwd, niet werkelijk met enig fundamenteel rechtsbeginsel of -begrip in verband kan worden gebracht. De wens om het fiscale recht op de bestrijding van strafbare feiten af te stemmen, heeft geleid tot een kostenuitsluiting waarvan het nut zich nauwelijks laat begrijpen. De Wbaca is in de kern niets anders dan een – negatief te waarderen – symboolwetje. Enige betekenis van de Wbaca voor de kostenafrek bij de ontnemingsmaatregel ontbreekt wat mij betreft.

7.5 Conclusie: een ruime kostenafrek

294. Het overzicht van wetsgeschiedenis, jurisprudentie, Ontnemingsrichtlijn en literatuur levert een tamelijk consistent beeld op van de mogelijkheid van kostenafrek. Vrijwel over de gehele linie wordt de mogelijkheid van kostenafrek aanvaard. De mate waarin men kostenafrek wil toelaten, varieert wel in enigerlei mate. Het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel leidt er naar mijn mening toe dat een ruime opvatting moet worden gehuldigd: alle reële kosten die met betrekking tot de uitvoering van het strafbare feit worden gemaakt, moeten in mindering worden gebracht op de opbrengst. De toepassing van dit criterium leidt ertoe dat, anders dan de Ontnemingsrichtlijn stelt, ook voorbereidingskosten en het gebruik van duurzame activa in afrek moeten worden genomen, voor zover deze gelden als uitvoeringskosten.

8 De causaliteit tussen feit en voordeel (besparing van kosten, vervolgprofijt en consumptie)

8.1 Inleiding

295. Art. 36e lid 2 Sr bepaalt dat het voordeel dat *door middel van of uit de baten van* de daar genoemde strafbare feiten is verkregen, kan worden ontnomen.²⁶⁵ Om welk causaliteitscriterium het precies gaat, wordt uit de tekst van art. 36e Sr noch

264 Zie ook de kritiek vanuit fiscaalrechtelijke hoek: Meussen 1997, p. 81, 90, Ruys 1997, p. 1428, en Persoon 1997, p. 1040-1041.

265 Art. 36e lid 3 Sr geeft niet een dergelijk criterium. Dit komt omdat deze bepaling als een regel van bewijsrecht is vorm gegeven. Zie nader nr. 151 en 216.

uit de wetsgeschiedenis duidelijk. Wel staat vast dat de wetgever het oog heeft op twee categorieën voordeel.²⁶⁶ Ten eerste, het voordeel dat rechtstreeks of onmiddellijk uit het strafbare feit is verkregen. Dit is het voordeel dat 'door middel van' het strafbare feit is behaald (het *primaire* voordeel). Ten tweede, met het *primaire* voordeel kan meer voordeel worden verkregen, bijvoorbeeld door een (succesvolle) belegging daarvan. Deze meeropbrengst is verkregen 'uit de baten van' het strafbare feit. Het gaat, kort gezegd, om 'vervolgprofijt'.

296. Naast het onderscheid tussen het *primaire* voordeel en het *vervolgprofijt* omvat de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel nog andere aspecten die verband houden met een causaliteitsvereiste. Zo is bijvoorbeeld bij de bespreking van de waarderingsmethode reeds gebleken dat het van belang is te letten op de samenhang tussen het strafbare feit, de intentie van de betrokkene en de daaropvolgende gebeurtenissen. Dit duidt erop dat op enigerlei wijze moet worden vastgesteld welke betekenis aan de feitelijke gang van zaken moet worden gehecht. Deze causaliteitskwestie bevat een keuzemoment: niet elk feitelijk gevolg, maar alleen nader bepaalde gevolgen tellen.²⁶⁷

Er zijn naast de waarderingsmethode ook andere causale verbanden in de voordeelsberekening aan te wijzen. Hierop ga ik in deze paragraaf nader in. Allereerst beschrijf ik de verkrijging van het *primaire* voordeel. In dat kader komt hoofdzakelijk de verkrijging van voordeel door middel van besparing van kosten aan de orde. Vervolgens ga ik in op de verkrijging van het *vervolgprofijt*. Op voorhand kan reeds worden gezegd dat, evenals met betrekking tot de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in de hoofdzaak het geval is,²⁶⁸ het bepaald lastig is om het vereiste causale verband tussen feit en voordeel in precieze criteria te omschrijven. Ik heb ook niet de pretentie die criteria te kunnen verschaffen. Dit neemt niet weg dat men wel globaal een aantal vuistregels kan aanwijzen.

8.2 *Het primaire voordeel nader beschouwd*

8.2.1 *De verkrijging van het primaire voordeel*

297. Ik wees er bij de bespreking van de waarderingsmethode op dat niet alleen het strafbare feit zelf van belang is voor de vaststelling van het wederrechtelijk

266 Memorie van Toelichting, p. 15.

267 Causaliteit is in het recht niets anders dan toerekening. Dit komt duidelijk naar voren in het criterium van de redelijke toerekening (vgl. HR 12 september 1978, NJ 1979, 60, m.nt. ThWvV). Wanneer de gevolgen van een bepaald handelen redelijkerwijs zijn toe te rekenen aan de verdachte, is voldaan aan het vereiste causale verband. Zie nader De Hullu 2000, p. 174.

268 Zie over de vaagheid van de moderne strafrechtelijke causaliteitsleer en de onvermijdelijkheid daarvan: De Hullu 2000, p. 175-176.

verkregen voordeel, maar ook de intenties van de betrokkene tezamen met de latere gebeurtenissen (zie nr. 256). Wie een auto steelt en hem daarna verkoopt aan een heler, verkrijgt als voordeel de verkoopopbrengst. Houdt men de auto echter onder zich ten behoeve van eigen gebruik, dan bestaat het voordeel uit de gebruikswaarde, welke in beginsel gelijk is aan de (bespaarde) marktwaarde.²⁶⁹ Voor de vaststelling van het voordeel is het derhalve van belang de concrete omstandigheden van het geval in het oog te houden.

De vraag rijst of het mogelijk is om één moment aan te wijzen waarop de feitelijke omstandigheden niet meer relevant zijn, omdat op dat moment het voordeel is gerealiseerd. Anders gezegd: op welk moment staan de gevolgen niet meer in (voldoende) causaal verband met het strafbare feit? Het is bepaald niet eenvoudig dit moment in een abstract criterium te vangen, juist omdat het gaat om de daadwerkelijke verkrijging van het voordeel in de concrete omstandigheden. De meest zinnige aanduiding van het moment van verkrijging is wellicht het moment waarop de betrokkene *vrijelijk* de beschikking krijgt over de opbrengst.²⁷⁰ Wie een auto steelt om deze vervolgens weer door te verkopen, krijgt mijns inziens pas na de verkoop aan de heler vrijelijk de beschikking over het (beoogde) voordeel.²⁷¹

8.2.2 *Besparing van kosten*

298. Een vorm van rechtstreeks voordeel die afzonderlijk door de wet wordt genoemd, is de besparing van kosten (art. 36e lid 4 tweede volzin Sr). De kosten die een betrokkene bespaart met het begaan van een bepaald strafbaar feit, vormen onderdeel van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het begaan van het strafbare feit is hierbij de grondslag voor de besparing. Dat betekent dat in geval er geen strafbaar feit was begaan, de kosten wel waren gemaakt. Het gaat bij de besparing van kosten derhalve om het *niet* voldoen van *wel* verschuldigde kosten.²⁷² Anders

269 Tenzij uiteraard de auto terug gaat naar de bestolene of de auto verbeurd wordt verklaard.

270 Vgl. ook Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, die aansluit bij het genot van de betrokkene. Voor alle duidelijkheid: ik heb hier niet het oog op beschikkingsbevoegdheid in de zin van art. 3:84 lid 1 BW. Zie nr. 236 (noot 56).

271 Voor zover men een eerdere gebeurtenis (bijvoorbeeld het maken van de afspraak met een heler) als het moment van voordeelsverkrijging zou willen aanduiden, stuit men op een waarderingsprobleem. Zie noot 59.

272 Vgl. ook Vermeulen 1999, p. 109. Aan de Memorie van Toelichting, p. 16, lijkt een ruimere opvatting ten grondslag te liggen, omdat daar de voldoening van een schuld met een verkregen voordeel tot de besparing van kosten wordt gerekend. Hierna, in nr. 303, betoog ik dat dit geen besparing van kosten is die in directe relatie staat met het begaan van het strafbare feit. Het gaat 'gewoon' om besteding van het voordeel. Om die reden beperk ik de besparing van kosten tot het in de hoofdtekst gestelde.

gezegd: besparing van kosten is niets anders dan tengevolge van het strafbare feit niet-uitgegeven geld.²⁷³

Niet alle delicten leiden tot een besparing van kosten. De aard en de strekking van het delict moeten tot gevolg hebben dat wel verschuldigde kosten niet worden voldaan.²⁷⁴ Duidelijke voorbeelden hiervan zijn te vinden in het milieustrafrecht. Zo kan er op grond van art. 17 lid 1 jo art. 1 lid 1 Wvo een heffing verbonden zijn aan lozingen van afvalstoffen in oppervlaktewater. Het niet-betalen van deze heffing is een economisch delict (art. 26 Wvo jo. art. 1a sub 1 WED) en levert wederrechtelijk verkregen voordeel op. Dit voordeel is gelijk aan het niet-betaalde heffingsbedrag.²⁷⁵ Andere voorbeelden van besparing van kosten bij milieu-overtredingen komen hierna aan de orde bij de bespreking van de vaststelling van de omvang van de besparing.

299. Er zijn situaties denkbaar waarin het berekenen van het voordeel aan de hand van de besparing van kosten tot onbevredigende of absurde resultaten leidt. Stel: een vrouw brengt haar kind bij de geboorte opzettelijk om het leven en begaat daarmee het delict van art. 290 of 291 Sr. Men zou kunnen stellen dat hierdoor de kosten van de opvoeding van het kind worden bespaard.²⁷⁶ Een andere categorie gevallen waarin de besparing van kosten niet tot een bevredigend resultaat leidt, heeft betrekking op 'ruilhandel' bij drugshandel van relatief beperkte omvang. Een drugsverslaafde stelt bijvoorbeeld zijn woonruimte ter beschikking als handelsplaats voor een dealer en krijgt in ruil daarvoor enige drugs. Hij bespaart daardoor de aankoopprijs.²⁷⁷

In deze gevallen laat de besparing van kosten zich in rekenkundig opzicht vaststellen. In die zin is er vanuit het perspectief van het voordeelsbegrip niets bijzonders aan de hand. Het opleggen van een ontnemingsmaatregel dient in deze gevallen naar mijn mening echter geen enkel redelijk doel. Het begaan van kinderdoodslag of -moord houdt geen verband met enige intentie om zodoende een financieel voordeel te behalen. Het verkrijgen van de drugs vormt enkel een manier om aan de verslavingsbehoefte te voldoen. Ook voor deze gevallen is de ontnemingsmaatregel niet bestemd. Met deze constatering loop ik vooruit op de materie die in hoofdstuk 8 centraal staat: de vaststelling van de betalingsverplichting en het achterwege laten van de ontnemingsmaatregel. Het is echter van belang

273 Vgl. ook Stessens 2000, p. 1076-1077, die er terecht op wijst dat een vermogensvoordeel bestaande uit besparing van kosten zich niet laat individualiseren in het vermogen van de betrokkene.

274 Vgl. Simmelink & Van der Neut 1996, p. 539, die stellen dat de besparing van kosten moet worden gerelateerd aan de aard en de context van het delict.

275 Zie ook Memorie van Toelichting, p. 16.

276 Dit voorbeeld is ontleend aan Baumann 1997, p. 143.

277 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 12 mei 1997, JOW 1998, 71, Rb. Middelburg 23 oktober 1997, JOW 1998, 100, en impliciet ook Hof Den Bosch 18 november 1997, JOW 1998, 116.

reeds op deze plaats aan te geven tot welke resultaten een voordeelsberekening aan de hand van de besparing van kosten kan leiden.²⁷⁸

8.2.3 De omvang van de besparing van kosten

300. Om de precieze besparing van kosten vast te kunnen stellen, is het noodzakelijk de kosten aan te wijzen die gemaakt zouden zijn in de situatie dat het strafbare feit niet zou zijn begaan. De vergelijking van die situatie met de daadwerkelijke gang van zaken is de enige manier om de omvang van het verkregen voordeel te bepalen. Men ontkomt er dan ook niet aan eerst de hypothetische rechtmatige situatie te duiden, alvorens de besparing te kunnen vaststellen.²⁷⁹ Dat geschiedt door op basis van de overtreden norm te onderzoeken welke handelwijze het meest waarschijnlijk zou zijn bij het niet-overtreden van de norm. Dit kan betekenen dat er in de rechtmatige situatie in het geheel niet zou zijn gehandeld, maar ook dat er wel een bepaald type handeling zou zijn verricht waarbij de overtreding een afwijkende handeling inhoudt. Het is zinvol deze abstracte invulling van de besparing van kosten aan de hand van twee voorbeelden uit het milieustrafrecht toe te lichten.²⁸⁰

301. De eigenaar van een afvalverwerkingsbedrijf en een fabrikant komen overeen dat dit bedrijf een bepaalde partij afval van de fabrikant zal verwerken. De milieuvergunning van de afvalverwerker laat de verwerking van dit type afval echter niet toe.²⁸¹ Beide partijen weten dit, maar zetten de afgesproken handeling gewoon door. De fabrikant betaalt voor de verwerking f 5 per kilo, terwijl de reguliere verwerking f 15 per kilo zou kosten. Wat is in dit geval het voordeel van de fabrikant en van de afvalverwerker?

Het voordeel van de fabrikant is tamelijk eenvoudig vast te stellen. Dit bestaat uit het verschil tussen de totale heffing bij legale verwerking verminderd met het

278 Men zou uiteraard kunnen trachten dergelijke resultaten te kunnen vermijden door het voordeelsbegrip anders te interpreteren zodat bepaalde vormen van besparing van kosten daar niet onder vallen. Ik zie echter niet in hoe dat, voor wat betreft de besparing van kosten, (op een consistente wijze) zou kunnen gebeuren. In andere opzichten is een dergelijke beperkende interpretatie wel mogelijk. Zie de relativering van de wederrechtelijkheid, hierna te bespreken in nr. 304-312.

279 Vgl. Franzheim 1989, p. 87, Hildenstab 1990, p. 60-61, en Franzheim 1991, p. 148. Hieraan staat niet het Urker visafslag-arrest (HR 8 juli 1992, NJ 1993, 12) in de weg, waarin de Hoge Raad voorbij gaat aan legale alternatieven voor de handelwijze van de betrokkene. Dit arrest heeft immers betrekking op alternatieven waarin dezelfde winst zou zijn behaald, terwijl het hier handelt om de vaststelling van de winst ten opzichte van de legale situatie.

280 Bij de bespreking van de voorbeelden concentreer ik mij op de kosten die zijn bespaard, en ga ik niet nader in op andere voordelen die eventueel zijn ontstaan.

281 Het gaat hier om overtreding van art. 10.3 lid 2 Wm jo. art. 1a sub 1 WED.

daadwerkelijk aan de afvalverwerker betaalde bedrag. Dit is het bedrag dat is bespaard door de illegale verwerking.²⁸²

Het voordeel van de afvalverwerker bestaat uit het daadwerkelijk door de fabrikant betaalde bedrag minus de feitelijke kosten voor de illegale verwerking. Franzheim voert aan dat het hier niet bij blijft.²⁸³ Hij wijst erop dat voor de afvalverwerker de plicht bestaat om het in ontvangst genomen afval op een legale wijze te verwerken. Door die plicht te negeren bespaart de afvalverwerker ook nog de kosten van een legale verwerking. Dientengevolge zou zijn voordeel mede bestaan uit het bedrag van legale verwerking. Het voordeel per kilo afval zou daarmee bestaan uit $f\ 20\ (5 + 15)$ te verminderen met de feitelijke kosten van de illegale verwerking.

Het (additioneel) toepassen van de besparing van kosten op de afvalverwerker is naar mijn mening niet juist. De afverwerker heeft in dit voorbeeld steeds de intentie gehad om het afval op een illegale wijze te verwerken. Het is dan irreëel om bij de voordeelsberekening het uitgangspunt te hanteren dat hij toch voor een legale verwerking had moeten kiezen, ook al is zijn prijscalculatie daar niet op afgestemd. Het principe dat alleen het voordeel meetelt dat in de concrete omstandigheden daadwerkelijk is behaald, staat hieraan in de weg. Het voordeel blijft mijns inziens beperkt tot de daadwerkelijke winst van de illegale verwerking.

302. Een volgend voorbeeld. Bepaalde afvalstoffen mogen alleen met behulp van een werk, bijvoorbeeld een reinigingsinstallatie, in het oppervlaktewater worden geloosd. Een lozing buiten dit werk om is een strafbaar feit (art. 1 lid 3 Wvo jo. art. 1a sub 1 WED). Zodoende bespaart de betrokkene zich de kosten die met dit werk samenhangen. Maar welke kosten zijn dat?

Er kunnen verschillende situaties worden onderscheiden. Ten eerste, de betrokkene (een fabrikant) legt het betreffende werk niet aan en loost al zijn afvalstoffen rechtstreeks in het oppervlaktewater. In dit geval ontloopt hij in beginsel de kosten die met de aanleg en het onderhoud zouden zijn gemoeid. Dat is echter niet per definitie het bedrag van de besparing. De aanleg van het werk is een investering die over een bepaalde periode wordt afgeschreven. Aan de hand van de duur van de overtredingen kan het bedrag aan afschrijvingen worden vastgesteld dat betrokkene zich daadwerkelijk heeft bespaard.²⁸⁴

282 In deze zin ook Rb. Maastricht 26 juni 1989, M & R 1990, 52, Rb. Den Bosch 2 mei 1996, JOW 1997, 10, Rb. Leeuwarden 20 november 1997, JOW 1998, 11, en Bakker, Faure, Van der Landen, Niessen & De Roos 1998, p. 271-273. Vgl. ook Rb. Den Bosch 2 januari 1990, M & R 1990, 66. Zie voor het Duitse recht Güntert 1983, p. 37, en OLG Düsseldorf 3 augustus 1994, wistra 1995, p. 75-76.

283 Zie Franzheim 1989, p. 88-89. Hij heeft overigens het oog op een makelaar die in afvalverwerking bemiddelt, maar zijn opmerking laat zich ook toepassen op de afvalverwerker zelf.

284 In deze zin voor het Duitse recht AG Gummersbach 6 juli 1988, NStZ 1988, p. 460, Franzheim 1989, p. 89-90, en Franzheim 1991, p. 156-158. Zie ook Hildenstab 1990, p. 64-71.

Het illegaal lozen van het afval kan echter ook een incident zijn, bijvoorbeeld omdat het werk gebreken vertoont en niet onmiddellijk wordt gerepareerd. In dat geval zou de betrokkene waarschijnlijk de afvalstoffen op een andere wijze hebben moeten laten afvoeren, bijvoorbeeld door deze aan te bieden aan een afvalstoffen-verwerker. De kosten die hiermee zouden zijn gemoeid, heeft de betrokkene zich bespaard.²⁸⁵

8.2.4 *Besparing van kosten en consumptie*

303. De consumptie van voordeel wordt vaak in verband gebracht met de besparing van kosten. Het voldoen van schulden met het verkregen voordeel is bijvoorbeeld in de opinie van de wetgever een vorm van besparing van kosten.²⁸⁶ Ook de Hoge Raad volgt die redenering:

De omstandigheid dat het voordeel inmiddels is opgesoupeerd staat, onafhankelijk van de wijze van besteding van dat voordeel, immers niet in de weg aan de toewijzing van een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, aangezien ingevolge de tweede volzin van art. 36e, vierde lid, Sr onder voordeel besparing van kosten is inbegrepen.²⁸⁷

Deze koppeling van consumptie en besparing van kosten is niet heel gelukkig gekozen. Hiervoor is uiteengezet dat besparing van kosten een vorm van voordeelsverkrijging is. De besparing van kosten staat in causaal verband met het begaan van het strafbare feit. Het enkele feit dat voordeel wordt aangewend voor bijvoorbeeld het aflossen van schulden maakt echter nog niet dat er daardoor sprake is van besparing van kosten tengevolge van het begaan van het strafbare feit. De schulden zouden ook moeten worden afgelost wanneer het feit niet zou zijn begaan. Er wordt derhalve door de aflossing geen voordeel verkregen, maar enkel omgezet. De consumptie leidt ertoe dat iets anders in de plaats van het concreet verkregen voordeel komt, bijvoorbeeld een verminderde schuldenlast. De omvang van het verkregen voordeel wordt echter niet groter of kleiner.²⁸⁸

285 Het is ook denkbaar dat de betrokkene in staat zou zijn geweest de afvalstoffen tijdelijk op te slaan en later alsnog via het werk af te voeren. In dat geval worden de kosten van die tijdelijke opslag bespaard. Vgl. Bakker, Faure, Van der Landen, Niessen & De Roos 1998, p. 272.

286 Memorie van Toelichting, p. 16. Zie ook Rb. Groningen 12 december 1996, JOW 1997, 62.

287 HR 9 september 1997, JOW 1998, 12. Zie ook HR 9 januari 1996, NJ 1996, 305, JOW 1996, 145, Hof Den Bosch 18 juli 1996, JOW 1997, 26, Rb. Den Bosch 17 april 1997, JOW 1998, 44, Hof Den Bosch 17 juni 1997, JOW 1998, 76, Hof Den Bosch 23 juli 1998, JOW 1999, 13, Hof Den Bosch 7 augustus 1997, JOW 1998, 81, Rb. Den Bosch 17 oktober 1997, JOW 1999, 10, en Hof Den Bosch 23 juli 1998, JOW 1999, 13. In deze zin ook Keulen 1999, p. 86, en, met betrekking tot het Duitse recht, BGH 9 juli 1991, NStZ 1991, p. 529.

288 Vgl. ook Simmelink 1995, p. 195.

In praktisch opzicht maakt het overigens weinig uit of men consumptie wel of niet als besparing van kosten ziet. Het resultaat blijft hetzelfde: het enkel opsouperen van het voordeel doet het bedrag van het voordeel niet verminderen.²⁸⁹

8.2.5 *Causaliteit en relativering van de wederrechtelijkheid*

8.2.5.1 *Inleiding*

304. Een factor die relevant zou kunnen zijn bij de vaststelling van het causale verband tussen feit en voordeel, betreft de strekking van de overtreden norm. Stel: een bedrijfsmatige activiteit wordt zonder de vereiste vergunning verricht. In principe kan men nu stellen dat alle winst die met deze activiteit wordt verkregen, als wederrechtelijk verkregen voordeel heeft te gelden. Maar wat nu indien vaststaat dat het ontbreken van de vergunning uitsluitend het gevolg is van de nalatigheid van de betrokkene om deze aan te vragen? Zou de betrokkene dit wel hebben gedaan, dan zou de vergunning zijn verleend en zou de verrichte activiteit aan de daarin gestelde voorwaarden hebben voldaan. De betrokkene kan in dat geval betogen dat zijn voordeel alleen maar bestaat uit de kosten die hij bespaart door het achterwege laten van de aanvraag (bijvoorbeeld: de leges van de aanvraag).

Het verweer van de betrokkene kan worden opgevat als een beroep op de strekking van de overtreden norm. De vergunningsplicht houdt voor de betrokkene in dit geval niet in dat hij zijn bedrijfsvoering moet aanpassen. Wel treft hem een verwijt dat hij het aanvragen van de vergunning en daarmee de mogelijkheid tot controle door het bevoegd gezag heeft gefrustreerd.²⁹⁰ Dat geeft tegelijkertijd het door de betrokkene behaalde voordeel aan: het uitsparen van de kosten verbonden met de vergunningsaanvraag. Teneinde de betekenis van een dergelijk verweer te kunnen bepalen, is het zinvol kort stil te staan bij de zogeheten relativering van de onrechtmatigheid in het civiele aansprakelijkheidsrecht.

289 Doorenbos 1997, p. 88, vraagt zich af of de besparing van kosten wellicht beperkt moet blijven tot uitgaven die ook zonder de vergrote bestedingsruimte zouden (moeten) zijn gedaan. Daaronder valt bijvoorbeeld wel een langlopende schuld, maar niet een bezoekje aan een gokpaleis. In die zin ook Lamp 2000, p. 97, die voordeelsverkrijging door besparing van kosten koppelt aan 'het "normale" gedrag van de delinquent'. Deze benaderingen leiden mijns inziens nergens toe. De bestedingen staan in beginsel los van het strafbare feit en zijn niets anders dan omzetting (consumptie) van het voordeel.

290 Zie Franzheim 1989, p. 90, en Franzheim 1991, p. 159-160, die een dergelijk verweer overigens van de hand wijst.

8.2.5.2 Relativering van de onrechtmatigheid

305. De relativering van de onrechtmatigheid speelt op twee plaatsen in het aansprakelijkheidsrecht een rol.²⁹¹ Zo bepaalt allereerst art. 6:163 BW dat er '(...) geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die geleden heeft.' Anders gezegd: er moet een zekere relatie bestaan tussen de schending van de norm – de onrechtmatigheid – en de schade die daaruit voortvloeit. Of deze relatie bestaat, wordt bepaald door de strekking van de norm. Een voorbeeld is het Tilburgse tandarts-arrest. Een tandarts vestigt zich in Tilburg zonder dat hij aan de opleidingsvereisten voldoet die de Wet Tandheelkunst stelt. Enkele andere, wel gediplomeerde tandartsen vorderen vervolgens van hem een schadevergoeding en een verbod van zijn activiteiten. Aan de toewijzing van deze vordering staat echter in de weg dat de relevante wettelijke bepalingen strekken tot de bescherming van de volksgezondheid en (dus) ter voorkoming van ondeskundige beroepsuitoefening, en niet tot de bescherming van de concurrentiebelangen van andere tandartsen. Enkel op grond van de overtreding van de Wet Tandheelkunst kan de vorderingen van de tandartsen niet worden toegewezen.²⁹²

De tweede plaats waar de relativering van de onrechtmatigheid naar voren komt, betreft art. 6:98 BW. Deze bepaling stelt dat voor het aannemen van het vereiste causale verband tussen onrechtmatige daad en schade – waarvoor in het civiele recht evenals in het strafrecht het criterium 'toerekening naar redelijkheid' geldt – onder meer wordt bepaald door de *aard* van de aansprakelijkheid.²⁹³ Het relativiteitsvereiste heeft hier niet zozeer betrekking op de concreet overtreden norm, maar ziet veeleer toe op het type norm (bijvoorbeeld: schuld- of risico-aansprakelijkheid).²⁹⁴ Het relativiteitsvereiste dwingt zodoende na te gaan of de overtreden norm zowel *in abstracto* als in het concrete geval strekt tot bescherming van de schade zoals deze is geleden door het onrechtmatige handelen.²⁹⁵

Ter voorkoming van misverstanden wijs ik erop dat de relativering van de onrechtmatigheid en de relativering van de causaliteit niet samenvallen. De relativering van de causaliteit houdt een – zinloze – vergelijking in tussen de gepleegde onrechtmatige daad en de fictieve situatie dat *dezelfde* handeling rechtmatig zou zijn begaan (zie nr. 231-232). De relativering van de onrechtmatig-

291 Zie uitgebreid Lankhorst 1992 en Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 95-115.

292 HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568. Het is niet uitgesloten dat een andere, ongeschreven (zorgvuldigheids)norm wel strekt tot de bescherming van de belangen van de andere tandartsen (de zogeheten correctie-Langemeijer). Zie uitgebreid over dit arrest Lankhorst 1992, p. 25-31.

293 Zie over de samenhang tussen de leerstukken relativiteit en causaliteit uitgebreid: Lankhorst 1992, p. 145-181, en Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 108.

294 Asser-Hartkamp 4-I 2000, nr. 433.

295 Zie uitgebreid Lankhorst 1992, p. 87-115.

heid beoogt een onderzoek naar de vraag of de belangen die een norm beoogt te beschermen, zijn geschonden. In die zin moet er dus wel een verband bestaan tussen de normovertreding en de ingetreden schade. Alleen met betrekking tot dat geschonden belang kan er aansprakelijkheid en derhalve schadeplichtigheid bestaan. Op deze wijze wordt voorkomen dat er schadeplichtigheid bestaat in gevallen waarin daar eigenlijk geen grond voor bestaat.²⁹⁶

306. Het resultaat van de relativering van de onrechtmatigheid in het civiele aansprakelijkheidsrecht is dat de schade(vergoeding) en de inhoud van de norm met elkaar in verband staan. Een soortgelijk principe herkent men in het verweer van de fabrikant: de inhoud van de norm (controle) en de gemaakte winst staan niet met elkaar in verband. De fabrikant beroept zich, zo zou men kunnen stellen, op een relativering van de wederrechtelijkheid.

De wijze waarop de relativering van de onrechtmatigheid in het civiele recht is gestructureerd – de relativering speelt primair een rol bij de vestiging van de aansprakelijkheid en voorts op een meer abstract niveau bij de omvang van de schadevergoedingsplicht – laat zich voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel niet zonder meer overnemen. Het gaat er hier immers niet om de strafrechtelijke aansprakelijkheid in zijn totaliteit te ontkennen. Dat de fabrikant een strafbaar feit heeft begaan doordat hij zonder vergunning handelde, is onbetwist. De vraag is slechts of uit de normovertreding in dit concrete geval enig voordeel kan zijn verkregen. Het beroep op de relativering van de wederrechtelijkheid heeft in dit opzicht betrekking op de voordeelsverkrijging en niet zozeer op de strafrechtelijke aansprakelijkheid.²⁹⁷

307. Welke gezichtspunten levert het voorgaande op voor de (Nederlandse) ontnemingsmaatregel? De relativering van de onrechtmatigheid in het civiele recht laat zien dat het relateren van het te betalen bedrag – de schade – aan de strekking van de norm een methode is om zekere grenzen te stellen aan het causale verband tussen daad en gevolg. Voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is deze methode in beginsel geschikt en wenselijk. Het opleggen van een ontnemingsmaatregel moet naar mijn mening in het concrete geval een gepaste strafrechtelijke reactie zijn.²⁹⁸ Eén aspect van de invulling van deze abstracte norm

296 Zie Asser-Hartkamp 4-III 1998, nr. 95: 'Het doel van de leer [de relativiteitsleer; MJB] is hierin gelegen dat men zonder deze correctie een te uitgebreide aansprakelijkheid vreest voor aan derden toegebrachte schade. Met name geldt dit voor die gevallen, waarin weliswaar een causaal verband aanwezig is tussen de daad en de schade, maar slechts een toevallig samentreffen bestaat tussen de onrechtmatigheid en de schade.'

297 Bij de onrechtmatige daad vallen aansprakelijkheid en de verplichting tot schadevergoeding samen, zodat de relativering van de onrechtmatigheid op beide toeziet.

298 Zie ook nr. 517, waar ik dit criterium noem met betrekking tot de vraag *of* er in een concreet geval een ontnemingsmaatregel moet worden opgelegd.

bestaat eruit dat bij de (rekenkundige) vaststelling van het voordeel in ogenschouw wordt genomen of, en zo ja: in hoeverre, de overtreden norm heeft willen belemmeren dat iemand door middel van een ongewenste, schadelijke gedraging zichzelf zou verrijken.²⁹⁹

8.2.5.3 Toepassing op de voordeelsberekening

308. Het vaststellen van de betekenis van de strekking van de norm voor de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel vergt enige interpretatie van de overtreden norm. In het overgrote deel van de gevallen leidt dit tot weinig discussie. Het is evident dat bijvoorbeeld de strafbaarstelling van de verkoop van drugs (art. 2 en 3 Opiumwet) erop is gericht dat, op een enkele uitzondering na, geen handel plaatsvindt in verdovende middelen en dat al hetgeen met die handel wordt verdiend voor ontneming vatbaar is.

Een andere en ook evidente situatie is die waarin de strafbare gedraging bestaat uit de overschrijding van bepaalde grenswaarden. Staat de wet of een vergunning bijvoorbeeld de produktie van een bepaalde hoeveelheid goederen of stoffen toe,³⁰⁰ terwijl overschrijding van de hoeveelheid een strafbaar feit is, dan is alleen de winst op de meeropbrengst wederrechtelijk verkregen. Immers, de norm ziet 'slechts' toe op de overschrijding van de gestelde grens.³⁰¹

Er zijn ook gevallen waarin de strekking van de norm niet onmiddellijk duidelijkheid verschaft over de mogelijkheid van voordeelsverkrijging. Het is dan het meest zinvol om de strekking van de norm telkens in samenhang met de concrete omstandigheden van het geval te beschouwen. Aan de hand van een aantal voorbeelden tracht ik dit te verduidelijken.

309. Het eerste voorbeeld ontleen ik aan een Duitse uitspraak die betrekking heeft op het niet in acht nemen van identificatie- en administratieverplichtingen door een wisselkantoor.³⁰² Deze verplichtingen zijn van belang voor de bestrijding van het witwassen van misdadig geld. In deze uitspraak komt de vraag aan de orde of de provisie op een wisseltransactie waarbij die verplichtingen niet in acht zijn genomen, als *wirtschaftlicher Vorteil* (§ 17 Abs. 4 OWiG) heeft te gelden. De rechter meent dat dit in beginsel niet het geval is:

299 Het blijkt hier dus mogelijk te zijn, anders dan bij de besparing van kosten (zie nr. 299), het voordeelsbegrip zodanig te interpreteren dat de rekenkundige exercitie niet tot onbevredigende resultaten hoeft te leiden.

300 Bijvoorbeeld art. 55 lid 1 Meststoffenwet jo. art. 1a sub 1 WED.

301 Bakker, Faure, Van der Landen, Niessen & De Roos 1998, p. 268-269. Zie voor het Duitse recht in deze zin Tiedemann 1990, p. 3-4, Cramer 1996, p. 251, en Müther 1999, p. 67. Vgl. ook Franzheim 1989, p. 90, en Franzheim 1991, p. 158.

302 BayObLG 2 januari 1998, NJW 1998, p. 2461-2462.

Anknüpfungspunkt hierfür is der Pflichtverstoß, nicht hingegen der die Pflicht auslösende Umstand. Da aber die Voraussetzungen des § 261 StGB [de strafbaarstelling van witwashandelingen; MJB] nicht festgestellt sind, kann auch die Ordnungswidrigkeit nicht im Abschluß des Wechselgeschäftes als solchem liegen, sondern nur in der Nichtidentifizierung bzw. unvollständigen Aufzeichnung. Die Identifizierungs- und Aufzeichnungspflicht soll nur dem Zweck dienen, den Ermittlungsbehörden die Nachforschungen zu erleichtern, ob die Geschäftsvorfälle der Geldwäsche dienen (...). Wurde die Provision daher für den Abschluß der Wechselgeschäfte gezahlt und nicht etwa als Gegenleistung für die Unterlassung der Identifizierung, so stellt sie keinen Vorteil (...) dar.

De onderscheiding die hier wordt gemaakt tussen het enkel negeren van de identificatie- en administratieplicht en het negeren daarvan om daardoor een bepaalde provisie in ontvangst te kunnen nemen, is mijns inziens een goede illustratie hoe de strekking van een norm en de omstandigheden van het concrete geval tezamen bepalen of er voordeel is behaald. De overtreden norm beoogt niet de wisselaar die slordig met de hem opgelegde plichten omgaat, elke winst van de betreffende wisseltransacties te ontfangen.³⁰³ Dit ligt anders indien het plichtverzuim in verband staat met wisseltransacties die de wetgever in het geheel wil voorkomen, te weten: transacties die geheim moeten worden gehouden omdat deze het begaan van andere strafbare feiten verhullen (witwashandelingen). Wordt de transactie juist met dat doel aangegaan, dan geldt de provisie wel als te ontnemen voordeel.

Naar Nederlandse recht zou het oordeel in dit geval wellicht anders moeten luiden. In de Wet identificatie bij financiële dienstverlening is, anders dan in de Duitse wetgeving, niet enkel het niet-nakomen van de verplichting tot vaststelling van de identiteit en de verplichting tot vastlegging van die gegevens verboden, maar ook expliciet het verlenen van financiële diensten indien de identiteit niet is vastgesteld.³⁰⁴ De wetgever brengt, zo zou men kunnen stellen, daarmee tevens tot uitdrukking dat het verkrijgen van een provisie bij een wisseltransactie waarbij om welke reden dan ook de identiteit niet is vastgesteld, niet toelaatbaar is.

310. De relativering van de wederrechtelijkheid geeft aanleiding om nog eens kritisch te kijken naar de oplegging van een ontnemingsmaatregel in de casus van het Urker visafslag-arrest.³⁰⁵ Door de visafslag is bemiddeld zonder dat bepaalde gegevens over de vaartuigen die de vis hebben aangevoerd, zijn vermeld. Dit niet-

303 De rechter zou nog wel kunnen onderzoeken of er sprake is van besparing van enigerlei kosten die met de identificatie- en administratieplicht gemoeid zijn.

304 Art. 2 lid 1, 5 lid 1 en 2, 6, 7, en 8 Wif 1993 jo. art. 1 sub 2 WED. Zie over deze bepalingen nader Mul 1999, p. 156-167.

305 HR 8 juli 1992, NJ 1993, 12.

vermelden levert een strafbaar feit op. Uit die overtreding komt in principe, zo is gebleken in nr. 230-233, voordeel voort. Men zou echter kunnen stellen dat de strekking van art. 3a lid 3 Visserijwet met zich meebrengt dat er toch geen sprake is van voordeel. Deze bepaling beoogt immers te garanderen dat de verkoop gepaard gaat met de vermelding van bepaalde gegevens, maar staat op zich niet in de weg aan de verkoop van een partij vis.³⁰⁶ De consequentie hiervan lijkt te moeten zijn dat alleen het voordeel dat voortkomt uit die niet-vermelding – bijvoorbeeld het besparen van een arbeidskracht die daarvoor zorg zou moeten dragen – wederrechtelijk verkregen voordeel is. De retributie voor de veiling van de vis is dat niet.³⁰⁷

vgl. echter
nr. 230!

Eén en ander zou anders komen te liggen indien er naast of in plaats van een vermeldingsplicht nog een administratieplicht zou bestaan die ertoe strekt om bepaalde heffingen mogelijk te maken. In een dergelijk geval leidt het negeren van die administratieplicht tot het verkrijgen van een wederrechtelijk voordeel dat, naast wellicht een besparing van de administratiekosten, het bedrag van de heffing omvat.³⁰⁸

311. Er zijn delicten die op het eerste gezicht moeilijk kunnen leiden tot het wederrechtelijk verkrijgen van voordeel. Denk bijvoorbeeld aan voorbereidingshandelingen (art. 10a Opiumwet en art. 46 Sr). Het voorbereiden van een bankoverval brengt in de regel alleen maar kosten met zich mee, zoals de aanschaf van wapens en een vluchtauto, of het verwerven van een plattegrond van de bank. Men zou kunnen stellen dat gelet op de aard van de strafbare gedraging voordeelsverkrijging niet tot de mogelijkheden behoort.³⁰⁹ Dit is echter geen absolute stelregel. Wordt in rechte enkel vastgesteld dat de betrokkene zich schuldig heeft gemaakt aan voorbereidingshandelingen, dan verkrijgt hij daaruit voordeel indien hij, als blijk van waardering voor zijn voorbereidingshandelingen, een deel van de opbrengst van de uitvoeringshandelingen ontvangt.³¹⁰

306 Anders dan in nr. 230-233 is het argument dus niet dat dezelfde winst ook langs rechtmatige weg zou zijn behaald. Het gaat er hier om dat de overtreden norm niet heeft willen belemmeren dat de betrokkene zichzelf zou verrijken door de overtreding.

307 Anders: HR 8 juli 1992, NJ 1993, 12, en Vermeulen 1999, p. 109. In deze procedure is een verweer met de strekking van het in de hoofdtekst betoogde overigens niet gevoerd, voor zover zich dit uit het arrest van de Hoge Raad laat afleiden.

308 Zie bijvoorbeeld Rb. Almelo 7 december 1995, JOW 1996, 84: een onjuiste vermelding van het melkquotum in het meldingformulier, hetgeen valsheid in geschrift oplevert, heeft geleid tot registratie van een onjuist melkquotum waardoor ten onrechte geen superheffingen zijn opgelegd.

309 Vgl. ook, met betrekking tot een poging om een strafbaar feit te begaan, HR 19 november 1993, DD 94.120.

310 Zie HR 17 februari 1998, NJ 1998, 499, JOW 1999, 37, en HR 3 maart 1998, JOW 1998, 53, waarin de Hoge Raad – tamelijk stellig – overweegt dat '(...) niet kan worden gezegd dat het uit een voltooid delict verkregen voordeel niet ook als verkregen uit de daartoe strekkende voorbereidingshandelingen kan worden aangemerkt.' In HR 25 mei 1999, JOW 1999, 43 wordt als criterium aanvaard dat voordeel ook kan worden verkregen uit een feit dat '(...) kennelijk ertoe strekt en geëigend is voordeel te genereren (...)', waarbij het in dit geval ging om het vervoer, de opslag en het in ontvangst nemen van heroïne.

Een soortgelijke redenering geldt voor de deelname aan een criminele organisatie (art. 140 Sr). De enkele deelname aan het gestructureerde samenwerkingsverband met het oogmerk misdrijven te plegen levert nog geen voordeel op. Wie echter juist vanwege zijn deelname meedeelt in de winst die de organisatie door middel van de misdadige activiteiten heeft behaald, verkrijgt wederrechtelijk voordeel.³¹¹ Dat geldt ook indien de betrokkene zelf niet heeft deelgenomen aan het begaan van de delicten waaruit de organisatie zijn inkomsten heeft verkregen.³¹²

312. Het laatste voorbeeld betreft het eerder genoemde verweer van de fabrikant die heeft gehandeld in strijd met zijn vergunningsplicht terwijl hij wel aan alle materiële vereisten die de vergunning aan hem zou stellen, heeft voldaan (zie nr. 304). Dit verweer snijdt naar mijn mening hout, mits in de ontnemingsprocedure komt vast te staan dat aan de betreffende fabrikant ook daadwerkelijk een vergunning zou zijn verleend indien hij een aanvraag daartoe zou indienen. Alleen in dat geval kan men stellen dat de norm in dit concrete geval er uitsluitend toe strekt om een controlemogelijkheid te waarborgen. Het wederrechtelijk verkregen voordeel kan nog wel bestaan uit een besparing van de met de aanvraag gemoeide kosten. In alle andere gevallen strekt de vergunningsplicht er 'gewoon' toe de activiteit in zijn geheel niet te laten plaatsvinden, waarmee tevens wordt beoogd het verkrijgen van voordeel uit die activiteit te voorkomen.

Uit deze voorbeelden mag blijken dat de strekking van de norm in sommige gevallen niet onmiddellijk aangeeft waaruit het voordeel bestaat, maar dat tezamen met de concrete omstandigheden van het geval dat wel kan worden vastgesteld.

8.3 *Het vervolgprofijt nader beschouwd*

8.3.1 *De verkrijging van het vervolgprofijt*

313. Het vervolgprofijt omvat al hetgeen dat wordt verkregen met het primaire voordeel. De minister rekent hiertoe bijvoorbeeld opbrengsten die met uit illegale middelen gefinancierde voorwerpen worden behaald, zoals interest, dividend en huuropbrengsten.³¹³ De minister noemt verder het voorbeeld van een ondernemer die voor het behoud van een vergunning een aanzienlijke investering moet doen.

311 Voor zover een gewone organisatie, zoals een bedrijf, op een gegeven moment geldt als een criminele organisatie in de zin van art. 140 Sr, kan niet gezegd worden dat daardoor alle betalingen die plaatsvinden aan de deelnemers van de criminele organisatie als wederrechtelijk voordeel hebben te gelden. In dat geval zouden bijvoorbeeld salarisbetalingen voor de gewone, legale werkzaamheden ook als voordeel in de zin van art. 36e Sr hebben te gelden. Er moet mijns inziens een duidelijk verband zijn tussen de betaling en deelname aan de *criminele* organisatie.

312 Zie HR 15 juni 1999, NJ 1999, 591, HR 15 juni 1999, NJB 1999, p. 1331-1332, nr. 104, en HR 29 juni 1999, NJ 1999, 620, JOW 1999, 54.

313 Memorie van Toelichting, p. 15.

Bij gebrek aan legale middelen pleegt hij een overval en financiert met de opbrengsten van de overval de investering. Door deze investering is de ondernemer in staat winst te maken. Deze winst kan, volgens de minister, worden aangemerkt als vervolgprijft en komt voor ontneming in aanmerking.³¹⁴

Uit dit – onwaarschijnlijke – voorbeeld lijkt te kunnen worden afgeleid dat elke vermogensvermeerdering die kan worden teruggevoerd naar de verkrijging van het primaire voordeel, voor ontneming in aanmerking komt. Er moeten kennelijk geen al te zware eisen worden gesteld aan het (feitelijke) causale verband tussen het vervolgprijft en het primaire voordeel. Indien dat inderdaad is beoogd, kan dat ertoe leiden dat in principe elke vermogensvermeerdering die zich na de primaire voordeelsverkrijging voordoet, in verband zou kunnen worden gebracht met die voordeelsverkrijging en derhalve als vervolgprijft geldt. Dat leidt echter tot een voordeel dat vrijwel oneindig is in omvang en daardoor buitensporige proporties krijgt. De vraag rijst of er niet zekere grenzen moeten getrokken. In dit verband is het zinvol de blik kort te richten op het Duitse recht, aangezien men daar het te ontnemen vervolgprijft uitdrukkelijk aan banden heeft willen leggen.

314. In het Duitse recht wordt een strikt onderscheid gemaakt tussen opbrengsten die *onmiddellijk* en die *middellijk* uit het strafbare feit zijn verkregen. De eerste categorie is zonder meer voor ontneming vatbaar,³¹⁵ maar de tweede categorie slechts in bepaalde, hier nader te bespreken gevallen. De afbakening van de te ontnemen middellijke opbrengsten berust allereerst op de overweging dat een nauwkeurige vaststelling van die middellijke opbrengsten praktisch veelal lastig is, omdat er naast het voorhanden hebben van het primaire voordeel nog andere oorzaken zijn die leiden tot een vermogensvermeerdering. Daarnaast dreigt het gevaar dat zonder nadere afbakening middellijke opbrengsten tot in het oneindige te ontnemen zouden zijn.³¹⁶

In § 73 Abs. 2 StGB wordt het *Verfall* van middellijk verkregen opbrengsten om die redenen beperkt tot *Nutzungen* en *Surrogaten*. Onder *Nutzungen* vallen de opbrengsten van het gebruik van het wederrechtelijk verkregene, bijvoorbeeld de rente die wordt verkregen of de opbrengst van de verhuur van een wederrechtelijk verkregen auto.³¹⁷ *Surrogaten* zijn voorwerpen die in de plaats treden van het primaire voordeel. De wet beperkt de te ontnemen *Surrogaten* tot drie categorieën: a. de opbrengst van een vervreemding van het primair verkregene (bijvoorbeeld:

314 Memorie van Antwoord, p. 26-27.

315 Zie onder andere Eser 1969, p. 291, LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 31, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 16.

316 Zie Eser 1969, p. 292-294, 334-335, Güntert 1983, p. 49, LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 33, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 30.

317 Zie nader LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 32, BGH 12 november 1991, BGHR StGB § 73, Vorteil 4, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 31.

verkoopopbrengst), *b.* hetgeen in de plaats treedt na vernietiging, beschadiging of verbeurdverklaring van het primair verkregene, en *c.* hetgeen wordt verkregen als resultaat van een verkregen recht.³¹⁸ Andere vormen van vervolgprofijt komen niet voor ontneming in aanmerking. Veel genoemde voorbeelden zijn de opbrengst van de investering van wederrechtelijk verkregen gelden in een bedrijf en de opbrengst van (beurs)speculaties met die gelden.³¹⁹

In de regeling van de *Geldbuße* ex § 17 Abs. 4 OWiG en het *Verfall* van § 29a OWiG ontbreekt enige bepaling met betrekking tot middellijke opbrengsten. Dit leidt enerzijds tot de stelling dat de ontneming van middellijke opbrengsten in het geheel niet mogelijk is,³²⁰ maar anderzijds ook tot het standpunt dat er aansluiting moet worden gezocht bij de regeling van § 73 Abs. 2 StGB.³²¹

315. De argumenten die worden gegeven voor een afbakening van de te ontnemen middellijke opbrengsten, zijn naar mijn mening ook voor art. 36e Sr relevant. Het is van belang dat de mogelijkheid tot ontneming van vervolgprofijt praktisch hanteerbaar is en niet leidt tot een ontnemingsmaatregel van een buitensporige omvang. Ik ben er echter niet van overtuigd dat de Duitse regeling de meest fraaie is om een dergelijk resultaat te bereiken. Allereerst gaat het bij *Surrogaten* niet zozeer om vervolgprofijt, als wel om substitutie van het primair verkregene. Het verschil schuilt daarin dat bij substitutie het voordeel niet in omvang toeneemt, maar 'slechts' van gedaante verandert.³²² Daarnaast is de categorie *Nutzungen* naar mijn mening bepaald niet helder afgebakend. Zo kan ik niet inzien waarom bij een belegging van wederrechtelijk verkregen gelden in aandelen, de (gerealiseerde) koerswinst niet als *Nutzung* zou mogen gelden, terwijl de verhuuropbrengst van een gestolen auto dat wel zou zijn.³²³

Hoe zou de afbakening van het te ontnemen vervolgprofijt er dan kunnen uitzien? Een scherpe norm voor deze kwestie wordt door de (Nederlandse en

318 Zie nader LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 34-36, en Schöнке/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 32.

319 Brenner 1977, p. 204, Güntert 1983, p. 50, en Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73, Rn. 11. Zo ook BGH 12 maart 1996, NStZ 1996, p. 332 (opbrengst uit 'Glückspiel' geen middellijke opbrengst in de zin van § 73 Abs. 2 StGB). Een met de opbrengst aangeschaft lot kan, zo stelt LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 34, nog wel als *Surrogat* worden gezien, maar de op dat lot vallende prijs niet. Zie echter ook, met betrekking tot de investering van gelden in een bedrijf, Schultehinrichs 1991, p. 41-43, en Drathjer 1997, p. 200.

320 KK OWiG 1989, § 29a, Rn. 11 (zie echter ook Rn. 22), Drathjer 1997, p. 104-105 (met betrekking tot § 29a OWiG), Brenner 1998, p. 558, en Göhler 1998, § 29a, Rn. 5.

321 Drathjer 1997, p. 84-88 (met betrekking tot § 17 Abs. 4 OWiG), Göhler 1998, § 17, Rn. 44, en Müther 1999, p. 54-57. Zie echter ook KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 124.

322 De reden dat in het Duitse recht het *Surrogat* wel als een middellijke opbrengst wordt beschouwd, is waarschijnlijk te herleiden naar het feit dat de regeling van het *Verfall* (in het StGB) primair berust op een systeem van objectconfiscatie. Vgl. nr. 87.

323 Men zou als argument de speculatieve aard van besteding kunnen noemen, maar daar staat aan in de weg dat het gaat om winst die daadwerkelijk moet zijn behaald. Vgl. ook de relativering van Güntert 1983, p. 49, met betrekking tot loterij-opbrengsten.

Duitse) wetgever niet gegeven. Ook anderszins is deze niet voorhanden. De afbakening moet, gelet op de limiterende werking van het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel, worden gezocht in het stellen van hoge eisen aan het bewijs van het causale verband tussen het behalen van het vervolgprofijt en het voorhanden hebben van het primaire voordeel. Dit causale verband moet boven elke twijfel zijn verheven.³²⁴ Daarmee wordt voorkomen dat de betrokkene verplicht wordt een bedrag te betalen, terwijl het twijfelachtig is of hij ook tengevolge van het begane strafbaar feit dat bedrag aan voordeel heeft verkregen.

Indien ik vandaag geld steel en morgen een winnend staatslot koop, is de opbrengst op dat staatslot alleen als vervolgprofijt aan te merken, indien vaststaat dat ik het lot enkel heb kunnen kopen omdat ik de dag daarvoor een diefstal heb begaan. De constatering dat het begaan van het strafbare feit heeft geleid tot een vergrote bestedingsruimte, is onvoldoende om elke daaropvolgende vermogensvermeerdering als vervolgprofijt aan te merken.³²⁵ Een tweede voorbeeld: iemand steelt een piano en componeert een meesterwerk. Voor het gebruik van deze compositie ontvangt hij vergoedingen.³²⁶ Zijn deze vergoedingen aan te merken als vervolgprofijt? Naar mijn mening niet. Het verband tussen het primaire voordeel, bestaande uit het gebruik van de piano, en de compositie is onvoldoende. De compositie is veeleer het gevolg van het muzikale talent van de betrokkene.³²⁷

Kortom: door hoge eisen te stellen aan (de vaststelling van) het causale verband tussen een vermogensvermeerdering en het strafbare feit wordt weliswaar geen heel concrete norm gesteld, maar kan de mogelijkheid van ontneming van vervolgprofijt binnen aanvaardbare grenzen worden gehouden.

8.3.2 *Het verschil tussen primair voordeel en vervolgprofijt*

316. Alvorens men van vervolgprofijt kan spreken, moet vaststaan waaruit het primaire voordeel bestaat. Vervolgprofijt is immers de meeropbrengst die daarmee is verkregen. De grens tussen het primaire voordeel en het vervolgprofijt is echter

324 Dit neemt niet weg dat het vervolgprofijt proportioneel kan worden vastgesteld. Stel: een verduisterde som geld wordt op een rekening gestort waar al (legaal verkregen) geld opstaat. Vervolgens wordt er rente over het geval bedrag verkregen. In dit geval kan die rente ten dele aan het verduisterde geld worden toegerekend en in die mate als vervolgprofijt gelden. Vgl. ook Memorie van Toelichting, p. 79, waar de minister dit voorbeeld in verband brengt met de schattingsbevoegdheid.

325 Daarom is het ook tamelijk gecompliceerd om vervolgprofijt vast te stellen indien het primaire voordeel een besparing van kosten betreft. Bespaarde kosten zijn immers niet te individualiseren in het vermogen van de betrokkene.

326 Dit voorbeeld is ontleend aan Baumann 1997, p. 135.

327 Hiermee wordt tevens het bezwaar van Ölçer 2000, p. 189, ondervangen. Zij stelt dat het ontnemen van vervolgprofijt dat hoofdzakelijk is voortgekomen uit inspanningen van de betrokkene, en niet zozeer uit het strafbare feit, in strijd komt met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. In een dergelijk geval ontbreekt mijns inziens het vereiste causale verband en komt men aan ontneming van dat voordeel niet toe. Het is naar mijn mening overigens niet zonneklaar dat de gestelde beperking uit art. 1 kan worden afgeleid.

niet heel duidelijk te trekken. Dat is een consequentie van het feit dat de vaststelling van het voordeel moet geschieden op basis van hetgeen de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

De betrokkene 'koopt' enige goederen zonder deze te betalen (flessentrekkerij, art. 326a Sr). Vervolgens verkoopt hij op zijn beurt deze goederen. Door het hof Den Bosch wordt het voordeel vastgesteld op de winkelwaarde van de goederen plus hetgeen voor de verkoop is verkregen (de helingsopbrengst), te verminderen met de gemaakte kosten.³²⁸ Enige tijd later oordeelt hetzelfde hof in een soortgelijk geval dat het voordeel 'slechts' bestaat uit de helingsopbrengst.³²⁹

Hoe laat dit opmerkelijke verschil in uitkomst zich verklaren? Het hof heeft in de eerste uitspraak de verkrijging van de goederen door middel van flessentrekkerij kennelijk beschouwd als de primaire voordeelsverkrijging, waarbij de betrokkene een voordeel ter hoogte van de winkelwaarde heeft verkregen.³³⁰ De opbrengst bij doorverkoop is voorts als vervolgprofijt aangemerkt. In het tweede geval is de flessentrekkerij en de (beoogde) doorverkoop als één geheel beschouwd, waardoor de betrokkene een daadwerkelijk voordeel heeft behaald ter hoogte van de winst bij doorverkoop. Gelet op de eerder beschreven principes voor de voordeelsberekening (zie met name nr. 256), geldt deze laatste vaststelling van het verkregen voordeel als de juiste, aangezien hierin de daadwerkelijke verkrijging van het voordeel in de concrete omstandigheden van het geval als uitgangspunt wordt genomen. De winkelwaarde heeft voor de betrokkene geen betekenis, hij is enkel uit op de helingsopbrengst. Aan het vaststellen van vervolgprofijt komt men dan ook niet toe, omdat alle handelingen met betrekking tot de goederen tezamen de primaire voordeelsverkrijging omvatten.

8.3.3 *Het verschil tussen consumptie en vervolgprofijt*

317. Vervolgprofijt is voordeel dat is verkregen tengevolge van de verkrijging van het primaire voordeel. Dit impliceert dat er bepaalde handelingen met betrekking tot het primaire voordeel zijn verricht die hebben geleid tot een vermeerdering van dat voordeel, en daarmee tot een toename van het vermogen van de betrokkene. Het is ook denkbaar dat het voordeel zodanig wordt besteed

328 Zie Hof Den Bosch 20 november 1998, te kennen uit HR 30 november 1999, nr. 111.793 P (niet gepubliceerd).

329 Hof Den Bosch 29 december 1998, te kennen uit HR 22 februari 2000, nr. 112.766 P (niet gepubliceerd), en Hof Den Bosch 29 december 1998, te kennen uit HR 7 maart 2000, nr. 112.746 P (gepubliceerd in NJB 2000, p. 769, nr. 52, met weglating van deze overwegingen van het hof).

330 HR 30 november 1999, nr. 111.793 P (niet gepubliceerd) sanctioneert deze voordeelsberekening omdat de betrokkene zelf ten overstaan van een verbalisant heeft verklaard dat zijn voordeel bestaat uit de som van de winkelwaarde en de winst bij verkoop. Zou de betrokkene dit werkelijk hebben verklaard of zou hij zijn 'geholpen' door de betreffende verbalisant?

dat het vermogen van de betrokkene gelijk blijft of afneemt. Het voordeel wordt dan, zo kan men zeggen, geconsumeerd.

Er is geen principieel verschil tussen de consumptie van het voordeel en het verkrijgen van vervolgprijst aan te wijzen. In beide gevallen gaat het om een besteding van het primaire voordeel. Het onderscheid zit daarin dat indien een besteding van het primaire voordeel op grond van het criterium zoals genoemd in nr. 315 leidt tot een vermogenstoename bij de betrokkene,³³¹ dit moet worden gekwalificeerd als voordeel uit de baten van het strafbare feit, als vervolgprijst dat voor ontneming in aanmerking komt. Doet die vermogenstoename zich niet (aantoonbaar) voor, dan is er 'enkel' sprake van consumptie. Dit laatste heeft geen invloed op de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel.³³²

318. De besteding van het voordeel kan ertoe leiden dat de betrokkene het voordeel vrij snel weer verliest. Een risicovolle belegging van het voordeel op de beurs kan desastreuze gevolgen hebben. Een ander risico dat in de jurisprudentie met betrekking tot de oplegging van de ontnemingsmaatregel, regelmatig naar voren komt, is het besteden van geld dat is verkregen met de handel in drugs, aan de aankoop van nieuwe handelswaar. Wordt de nieuw verworven partij in beslag genomen en onttrokken aan het verkeer voordat deze is verkocht, dan heeft dit geen invloed op de hoogte van het voordeel uit de daaraan voorafgaande handel. De Hoge Raad brengt dat als volgt tot uitdrukking:

Ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel betreft het voordeel dat door de aan de ontneming ten grondslag gelegde delicten is verworven. Daarbij doet in beginsel niet terzake welke bestemming dit voordeel heeft gekregen. (...) Indien dit voordeel is benut voor de aankoop van verdovende middelen, waarvan het ongecontroleerde bezit in strijd met de wet is, zullen die middelen, indien deze zijn inbeslaggenomen, in de regel voorwerp vormen van een strafrechtelijke procedure waarin de onttrekking aan het verkeer van die middelen wordt uitgesproken of zal anderszins ten ongunste van de beslagene aan dit beslag een einde komen. De veroordeelde die ervoor heeft gekozen het door hem wederrechtelijk verkregen voordeel te besteden voor de aankoop van dergelijke middelen, neemt daarmee het risico van (beslag

331 Er kan ook sprake zijn van een vermeerdering die fluctueert in waarde (denk aan aandelen waarbij de opgaande lijn van de koers fluctuaties vertoont). Gekeken moet dan worden naar de waardevermeerdering waarover de betrokkene uiteindelijk de beschikking krijgt. Onder omstandigheden kan de waarderingsmethode bestaande uit een (subsidiare) verwijzing naar de executie-opbrengst, uitkomst bieden. Zie nr. 267-268.

332 Zie HR 16 april 1996, NJ 1998, 631, m.nt. Sch, JOW 1996, 168. Vgl. ook Hof Den Haag 24 maart 1995, JOW 1996, 101, en Rb. Zutphen 21 september 1999, JOW 2000, 9. Voor het Duitse recht in deze zin LK-Schafer 1985, § 73, Rn. 31, KK OWiG-Wilts 1989, § 29a, Rn. 23, en Schöнке/Schröder-Eser 1997, § 73, Rn. 28, enigszins anders echter Müther, p. 68-69. Onder omstandigheden kan de consumptie wel van invloed zijn op de hoogte van de betalingsverplichting. Zie nader nr. 458-506.

en) onttrekking aan het verkeer daarvan. Het in het concrete geval daadwerkelijk door de veroordeelde behaalde voordeel wordt door het zich realiseren van dit risico niet verminderd.³³³

De Hoge Raad maakt hier een strikt onderscheid tussen het behalen van het voordeel en de daarop volgende besteding van dat voordeel.

In de lagere jurisprudentie wordt de lijn van de Hoge Raad niet altijd gevolgd. Er wordt in die gevallen wel rekening gehouden met dergelijke bedrijfsrisico's.³³⁴ Deze benadering is naar mijn mening verdedigbaar in gevallen waarin de betrokkene zich over langere tijd bezig houdt met de handel in drugs. In die context gaat het de betrokkene niet zozeer om de winst die hij met één enkele transactie behaalt, maar beoogt hij in een bepaald tijdvak een zeker voordeel te realiseren. Aan deze concrete omstandigheden wordt het meest recht gedaan indien de voordeelsberekening geschiedt op basis van dat tijdvak. Dat impliceert dat in de ontnemingsprocedure niet enkel wordt gekeken naar de winstgevende transacties, maar ook naar in dat kader opgetreden verliezen. Op die wijze wordt beter aangesloten bij het principe dat het gaat om het voordeel dat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval heeft behaald.³³⁵

9 Tot slot: de elementen van het voordeelsbegrip

319. In nr. 227 is aan de orde geweest dat het voordeelsbegrip – evenals het schadebegrip – drie elementen in zich draagt: een *causaal*, een *vergelijkings*- en een *hypothetisch* element. Bij wijze van samenvatting ga ik hieronder op elk element kort in.

Het causale element duidt erop dat het voordeel moet zijn voortgekomen uit het begaan van een strafbaar feit. Uit het Urker visafslag-arrest blijkt dat het hierbij niet van belang is of de betrokkene eenzelfde winst ook zou hebben kunnen verkrijgen door middel van legale handelingen. Het feit dat er een strafbaar feit is begaan, vormt het uitgangspunt voor de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Dat neemt niet weg dat men wel moet onderzoeken of de overtreden norm strekt tot het voorkomen van het verkrijgen van voordeel uit die overtreding. Indien vaststaat welk voordeel primair is behaald, kan er worden

333 HR 8 juli 1998, NJ 1998, 841, m.nt. Sch, JOW 1998, 54. Zie ook reeds Rb. Utrecht 16 juli 1996, JOW 1998, 29, Rb. Middelburg 15 juli 1998, JOW 1999, 9, en met betrekking tot het *Verfall*, BGH 14 juli 1988, BGHR StGB § 73, Gewinn 1.

334 Zie met name Rb. Utrecht 29 april 1997, JOW 1998, 34, en voorts Rb. Rotterdam 29 april 1997, JOW 1998, 85, alsmede Rb. Den Haag 13 oktober 1997, JOW 1998, 99.

335 In vergelijkbare zin ook Schalken in zijn noot onder HR 8 juli 1998, NJ 1998, 841, en Keulen 1999, p. 90-91. Zie voorts BGH 18 augustus 1989, BGHR StGB § 73, Vorteil 2. Vgl. over de berekening van het voordeel in een tijdvak Vermeulen 1999, p. 95-97.

onderzocht of tengevolge van deze voordeelsverkrijging een andere vermogensvermeerdering zich heeft voorgedaan. Is dat het geval, dan is er sprake van vervolgprij, hetgeen tevens in de ontnemingsmaatregel kan worden betrokken. Het causale element ziet men ook bij de aftrek van kosten. Reële uitgaven die direkt verband houden met het begaan van het strafbare feit (uitvoeringskosten), moeten in mindering worden gebracht op de opbrengst.

Het vergelijkingselement heeft betrekking op het (normatief-reparatoire) karakter van de ontnemingsmaatregel: rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene. De ontneming van het voordeel moet er toe leiden dat de betrokkene zo veel mogelijk wordt gebracht in de situatie zoals die zou hebben bestaan indien het strafbare feit niet was begaan. Teneinde te voorkomen dat het herstel doorschiet en verwordt tot een betalingsverplichting die de betrokkene in een slechtere positie plaatst, moet het herstel plaatsvinden door de betrokkene datgene te ontnemen dat hij daadwerkelijk heeft verkregen. Dit principe is met name van belang voor de te hanteren waarderingsmethode. Deze moet, met uitzondering van eventueel te hanteren bewijsvermoedens, vrij zijn van enige objectivering.

Met het vergelijkingselement is ook het hypothetische element ten dele geduid: het rechtmatige alternatief is immers feitelijk een fictie, de onrechtmatige gedraging is de werkelijkheid. Men ontkomt echter niet aan de vaststelling van deze fictieve situatie. In veel gevallen bestaat dit eenvoudig uit het wegdenken van het strafbare feit, maar soms moet (daarnaast) een andere handeling erbij worden gedacht. Zo is voor de vaststelling van een besparing van kosten vereist dat er wordt onderzocht welke kosten zouden zijn ontstaan bij een normale, legale gang van zaken.

Het bewijsrecht

1 Inleiding

320. Het bewijsrecht wordt veelal als een kritiek onderdeel van de voordeelsontneming beschouwd. Het komt namelijk regelmatig voor dat er vermoedens bestaan dat bepaalde gelden de opbrengst vormen van misdadige activiteiten, maar dat het daadwerkelijk aantonen van een direct verband tussen een concreet strafbaar feit en het aangetroffen vermogen problematisch is. Hiervoor zijn twee belangrijke oorzaken. Ten eerste is geld 'vloeiend': het laat, zeker indien het in contante vorm wordt gebruikt, weinig sporen na die zich in een later opsporingsonderzoek laten traceren. Veelal is men afhankelijk van verklaringen van getuigen of van de betrokkene. Een tweede reden, welke veelal samenhangt met de eerste, is gelegen in het witwassen. Met name de georganiseerde misdaad tracht het verkregen gewin een legaal aanzien te geven of anderszins het spoor naar de strafbare feiten uit te wissen (bijvoorbeeld door vermenging van gelden), juist om te voorkomen dat dit geld wordt ontnomen.¹

Het verlichten van de bewijsnood die hierdoor ontstaat, kan op verschillende manieren geschieden.² Er kan allereerst een minder strenge bewijswaarderingsmaatstaf worden gehanteerd dan de gebruikelijke strafrechtelijke maatstaf *proof beyond reasonable doubt*. De rechter kan daardoor eenvoudiger het bewijs van de verkrijging van een bepaalde opbrengst aannemen. Vervolgens zou men de eis dat de rechter moet vaststellen uit welk concreet strafbaar feit het geld afkomstig is, kunnen laten vallen. Er kan dan worden volstaan met de vaststelling dat de herkomst van het geld in enig strafbaar feit ligt. De derde methode is het toedelen van een bewijslast aan de betrokkene, een zogenaamde bewijslastomkering. In dat geval is het aan de betrokkene om aan te tonen, teneinde ontneming te voorkomen, dat het aangetroffen geld een legale bron kent en dus niet uit enig strafbaar feit afkomstig is.

321. Art. 36e lid 2 Sr vereist dat er *voldoende aanwijzingen* bestaan dat de soortgelijke en niet-soortgelijke feiten door de betrokkene zijn begaan. In art. 36e lid 3 Sr wordt de eis gesteld dat het *aannemelijk* is dat ook andere strafbare feiten

1 Zie nr. 28.

2 Ik ontleen deze mogelijkheden aan een tweetal rechtsvergelijkende overzichten. Zie FAFT-rapport 1997, p. 3-4, en Kilchling 1997, p. 615-617.

er *op enigerlei wijze* toe hebben geleid dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. De criteria 'voldoende aanwijzingen' en 'aannemelijk' duiden allereerst op een bewijswaarderingsmaatstaf die minder streng is dan het (wettig en) overtuigend bewezen zijn in de zin van art. 338 Sv. De woorden 'op enigerlei wijze' geven aan, voor wat betreft de vierde variant van art. 36e Sr, dat de rechter niet elk strafbaar feit dat aan de verkrijging van het voordeel ten grondslag ligt, afzonderlijk hoeft vast te stellen (zie nr. 151).

In de visie van de minister bestaat met betrekking tot art. 36e lid 3 Sr tevens de mogelijkheid van een zekere bewijslastverdeling. Deze bestaat eruit dat de betrokkene onder omstandigheden gehouden is om een verklaring te geven voor de herkomst van het aangetroffen vermogen.³ Een omkering van de bewijslast is dit volgens de minister echter niet. In de literatuur is deze visie bekritiseerd. Volgens sommige auteurs kan de bewijslastverdeling zoals de minister die voorstaat, wel degelijk tot een omkering van de bewijslast leiden, hetgeen in strijd zou zijn met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM.

322. Een beschouwing over het bewijsrecht in de ontnemingsprocedure is niet enkel relevant voor een oordeel over de verhouding tot art. 6 EVRM. In het vorige hoofdstuk heb ik erop gewezen dat het voordeelsbegrip een feitelijke en een normatieve component kent (zie nr. 242). De feitelijke component wordt in dit hoofdstuk nader uiteengezet. Verder is aan de orde gekomen dat het derde lid van art. 36e Sr een bewijsconstructie is in die zin dat er een bepaald vermogen *in abstracto* wordt gerelateerd aan een patroon van criminele betrokkenheid (zie nr. 151). Het voordeelsbegrip heeft hierdoor geen zelfstandige betekenis voor de vierde variant van de ontnemingsmaatregel (zie nr. 216). Hoe de constructie van art. 36e lid 3 Sr precies in elkaar steekt, komt in dit hoofdstuk aan bod.

Meer in het algemeen kan men nog stellen dat het bewijsrecht van belang is voor het realiseren van het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel beoogt te bewerkstelligen. Indien het bewijsrecht zo strikt wordt uitgelegd dat oplegging van een ontnemingsmaatregel praktisch gezien illusoir wordt, wordt dat herstel niet of slechts in geringe mate bereikt. Hanteert men echter een bewijsregime dat voordeelsontneming op basis van allerlei vage vermoedens en veronderstellingen toelaat, dan is de kans niet gering dat er een te hoog bedrag wordt ontnomen. Hierdoor komt de limiterende werking van het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel in de knel.

3 Zie bijvoorbeeld Memorie van Toelichting, p. 15.

323. De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst bespreek ik het bewijsrecht zoals dat bij de ontneming van voordeel op grond van art. 36e lid 2 Sr geldt. In het bijzonder wordt daarbij ingegaan op de bewijswaarderingsmaatstaf en het gebruik van rechterlijke vermoedens die voor de vaststelling van het voordeel van belang kunnen zijn (paragraaf 2). In de daarop volgende paragraaf beschrijf ik het bij de toepassing van art. 36e lid 3 Sr geldende bewijsrecht, zoals dat naar voren komt in de wetsgeschiedenis en de Ontnemingsrichtlijn. Naar aanleiding daarvan zet ik in paragraaf 4 het begrip 'bewijslastverdeling' uiteen, waarbij aandacht wordt besteed aan de betekenis daarvan in de context van het civiele recht, het strafrecht en art. 6 lid 2 EVRM. Deze uiteenzetting vormt de basis voor de bespreking van de vraag of de toepassing van art. 36e leden 2 en 3 Sr tot een omkering van de bewijslast leidt (paragraaf 5). De rechtsvergelijking concentreert zich in paragraaf 5.4, waar het gaat om de vraag in hoeverre art. 36e lid 3 Sr, respectievelijk het *erweiterte Verfall*, inbreuk maakt op de onschuldpresumptie. Tot slot sta ik, naar aanleiding van enkele voorstellen in de literatuur, stil bij de mogelijke rol van het fiscale recht, in het bijzonder de in dat kader geldende bewijsvoorschriften, bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

2 Het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr

2.1 Inleiding

324. In de memorie van toelichting wordt het bewijs als één van de knelpunten van de oude ontnemingsmaatregel genoemd:

De bestaande maatregel (...) kan slechts worden toegepast ten aanzien van voordeel, waarvan aan de hand van de in het Wetboek van Strafvordering opgesomde bewijsmiddelen is bewezen, dat het van het telastegelegde en bewezen strafbare feit afkomstig is. Dergelijk bewijs blijkt in de praktijk zeer moeilijk te leveren.⁴

De strekking van deze opmerking is niet heel duidelijk.⁵ Op het eerste gezicht lijkt het knelpunt vooral de vaststelling van het causale verband tussen feit en voordeel te zijn. De minister heeft met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr echter geen wettelijke bepaling voorgesteld die deze vaststelling makkelijker maakt. De opmerking van de minister laat daarnaast ruimte voor het constateren van twee andere mogelijke knelpunten: de gebondenheid aan de bewijsmiddelen en het vereiste dat (het begaan

4 Memorie van Toelichting, p. 5.

5 Vgl. ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 60-61.

zijn van) het strafbare feit is bewezen. Uit de bewijsrechtelijke bepalingen die de ontnemingswetgeving bevat, blijkt allereerst een versoepeling van de vaststelling van het begaan zijn van strafbare feiten. Art. 36e lid 2 Sr vereist geen wettig en overtuigend bewijs, maar 'slechts' het bestaan van voldoende aanwijzingen dat feiten van de tweede en derde variant zijn begaan. De gebondenheid aan de bewijsmiddelen is niet versoepeld. Het vereiste van art. 511f Sv dat de schatting van het voordeel moet zijn ontleend aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen, is niet nieuw. Een inhoudelijk vrijwel gelijkkluidend voorschrift bestond reeds sinds 1983 (art. 338 lid 2 (oud) Sv).⁶

Deze voorschriften vormen tezamen een tamelijk summiere regeling van het bewijsrecht en bevatten, zoals hierna zal blijken, enkele onduidelijkheden. De voorschriften beperken zich voorts tot de vaststelling van de strafbare feiten en de (overige) feiten die relevant zijn voor de voordeelsberekening. Het gaat daarbij alleen om de eerste beslissing die de rechter moet nemen: het vaststellen van de omvang van het voordeel. De twee andere beslissingen die de rechter moet nemen – ten aanzien van de hoogte van de betalingsverplichting en van de vervangende hechtenis – vallen hierbuiten. Voor zover daartoe een feitelijke vaststelling is vereist, is de rechter niet gebonden aan enig wettelijk voorschrift.⁷

325. Alvorens de wettelijke regeling met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr in kaart te brengen, is het zinvol een paar opmerkingen te maken over het 'gewone' bewijsrecht zoals dat in de hoofdzaak geldt. Dit geldt namelijk als referentiekader bij de beschrijving van bewijsvoorschriften in de ontnemingsprocedure.

In de hoofdzaak oordeelt de rechter onder andere over de vraag of het ten laste gelegde feit wettig en overtuigend is bewezen (art. 338 en 350 Sv). Het bewijsoordeel moet derhalve zijn gebaseerd op wettige bewijsmiddelen zoals opgesomd in art. 339 Sv, met inachtneming van de regels van de bewijskracht (art. 341 leden 2-4, 342 leden 2 en 3, 344 lid 3, en 344a Sv). De rechter moet op grond van die bewijsmiddelen de overtuiging hebben bekomen, dat wil zeggen: met een hoge mate van zekerheid kunnen vaststellen, dat de verdachte het feit heeft begaan. De vaststelling van andere feiten dan het ten laste gelegde feit is niet onderworpen aan de bewijsregeling van art. 338-344a Sv.⁸ Deze andere feiten kunnen zijn: feiten die relevant zijn voor formele verweren (art. 348 Sv), ontlastende feiten of voor de strafmaat relevante feiten. De rechter is bij de vaststelling hiervan niet aan enige wettelijke regel gebonden. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat met betrekking tot voor de verdachte gunstige feiten en omstandigheden de aannemelijk-

6 Vgl. ook HR 19 maart 1996, JOW 1996, 166.

7 Zie, voor wat betreft de betalingsverplichting, ook Keulen 1999, p. 291.

8 Zie Melai 1968, p. 87, Reijntjes 1980, p. 51, Fokkens 1984, p. 12-13, Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 334-335, Corstens 1999, p. 678, en Nijboer 2000, p. 68-71.

heid als waarderingsmaatstaf geldt.⁹ Ten aanzien van ad informandum gevoegde feiten, die van invloed kunnen zijn op de strafmaat, hanteert de Hoge Raad eveneens de aannemelijkheid als maatstaf.¹⁰

In de strafrechtelijke literatuur wordt de term 'bewijs' veelal vereenzelvigd met het bewijs van het ten laste gelegde feit. De vaststelling van andere feiten wordt geacht niet onder de reikwijdte van die term te vallen.¹¹ Deze monopoliepositie van de term 'bewijs' wordt gebaseerd op de centrale betekenis die de term in het Wetboek van Strafvordering toegekend heeft gekregen in met name art. 338 Sv.¹² In het kader van de ontnemingswetgeving wordt de term 'bewijs' echter in ruimere zin gehanteerd. Door de wetgever, de rechter en de literatuur wordt met enige regelmaat van bewijs gesproken, ook al is de bewijsregeling van art. 338-344a Sv niet van toepassing.¹³ Dat is naar mijn mening juist. Niet alleen is de veronderstelde monopoliepositie minder sterk dan zij lijkt,¹⁴ ook anderszins is er geen reden om de term 'bewijs' te reserveren voor het bewijs van het ten laste gelegde feit.¹⁵

2.2 *Het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr, eerste variant*

326. Indien de op te leggen ontnemingsmaatregel betrekking heeft op het feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld (eerste variant), hoeft de rechter in de ontnemingsprocedure niet het begaan zijn van dat strafbare feit vast te stellen. Dit ligt immers besloten in de bewezenverklaring zoals die uit de hoofdzaak blijkt. Het gaat om de vraag of, en zo ja: voor welk bedrag, de betrokkene uit dat feit voordeel heeft behaald. In het vorige hoofdstuk heb ik aangegeven dat er met betrekking tot de vaststelling van het voordeel een onderscheid wordt gemaakt

9 Dit blijkt uit de (constante) jurisprudentie van de Hoge Raad dat verweren *aannemelijk* moeten zijn geworden. Zie daarover nader nr. 378.

10 Zie A.A. Franken 1993, p. 139-146, en bijvoorbeeld HR 4 februari 1997, NJ 1997, 322.

11 Zie onder andere Reijntjes 1980, p. 9, 51, 63, Fokkens 1984, p. 13, en Nijboer 2000, p. 21, 68-69. Vgl. ook Schaap 1999, p. 424-425. Andere auteurs gaan minder stringent om met de term 'bewijs'. Zie bijvoorbeeld Enschedé 1966, p. 490, 512 (zie echter ook de volgende noot).

12 Zie Enschedé in zijn noot onder HR 16 november 1965, NJ 1966, 209: 'De term "bewijs" heeft in ons strafprocesrecht een specifieke betekenis. De wet bezigt die term alleen en uitsluitend m.b.t. het begaan zijn door de verdachte van telastegelegde feiten (art. 338). Alleen t.o.v. die feiten gelden de regels van het bewijs.'

13 Zie bijvoorbeeld *Memorie van Toelichting*, p. 58 waar de minister spreekt van 'te bewijzen aannemelijkheid'. De minister is evenwel niet consequent, want hij vervolgt: 'Niet hoeft te worden bewezen dat hij zulk voordeel heeft genoten, doch dat zulks aannemelijk is.' Zie wat literatuur betreft Doorenbos 1997, p. 113-124. In HR 5 december 1996, NJ 1996, 411, m.nt. Sch leest men: '(...) voor het bewezen zijn van soortgelijke feiten (...) en andere feiten (...)'.
14 In art. 94 lid 3 en 334 lid 1 Sv wordt 'bewijs' uitdrukkelijk buiten de context van het ten laste gelegde feit gehanteerd.

15 Anders: Reijntjes & Wöretshofer 1999, p. 765. Zij willen onder de term 'bewijs' niets anders verstaan dan het bewijs van het ten laste gelegde feit. Daaraan verbinden zij zelfs de consequentie (p. 765, noot 3) dat de wetgever ernstig heeft gezondigd door die term ook in het kader van de ontnemingsprocedure en de daarbinnen te nemen beslissingen te hanteren.

tussen een feitelijke basis en de daarop gegronde berekening (zie nr. 242). Indien bedrijf X wordt veroordeeld wegens het overtreden van bepaalde milieuvoorschriften, is het, voor wat betreft de voordeelsberekening, zaak om vast te stellen welke consequenties deze overtreding heeft gehad voor het productieproces. Heeft het bedrijf hierdoor bijvoorbeeld meer kunnen produceren dan bij naleving van de betreffende voorschriften het geval zou zijn? Een dergelijke feitelijke vaststelling moet zo nauwkeurig mogelijk plaatsvinden teneinde het wederrechtelijk verkregen voordeel te kunnen berekenen.

327. Voor de bepaling van de hoogte van het voordeel bevat de enkele bewezenverklaring uit de hoofdzaak niet altijd voldoende informatie. De rechter kan zijn oordeel derhalve ook baseren op andere informatiebronnen. In dit verband schrijft art. 511f Sv voor dat de rechter de schatting van het voordeel '(...) slechts [kan] ontlenen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen.' De wetgever verwijst daarmee naar de opsomming van art. 339 lid 1 Sv.¹⁶ De voor de voordeelsberekening relevant zijnde informatiebronnen moeten daartoe behoren.¹⁷ Dit betekent naar mijn mening niet dat het bedrag waarop het voordeel wordt geschat, onmiddellijk uit de inhoud van wettige bewijsmiddelen moet blijken. De berekening van het voordeel moet wel aan de hand daarvan tot stand kunnen komen.¹⁸

328. Het voorschrift van art. 511f Sv is inhoudelijk vrijwel gelijk aan art. 338 lid 2 (oud) Sv, dat van 1 mei 1983 tot 1 maart 1993 van kracht was. Deze laatste bepaling is tot stand gekomen als tegenwicht voor de bevoegdheid van de rechter om het voordeel te schatten. Het vereiste dat de rechter zich moet baseren op de inhoud van wettige bewijsmiddelen, beoogt te voorkomen dat de rechter er maar

16 Te weten: eigen waarneming van de rechter, verklaringen van de verdachte (in de ontnemingsprocedure mogelijk ook: de veroordeelde), verklaringen van een getuige, verklaringen van een deskundige en schriftelijke bescheiden. Zie voor de definities hiervan art. 340, 341 lid 1, 342 lid 1, 343 en 344 lid 1 Sv.

17 Voor alle duidelijkheid: de voor de voordeelsberekening gehanteerde bewijsmiddelen hoeven niet dezelfde te zijn als de bewijsmiddelen waarop de bewezenverklaring in de hoofdzaak berust. Zie HR 19 oktober 1993, NJ 1994, 179, en HR 25 mei 1999, JOW 1999, 43.

18 Vgl. ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 46, en Van der Landen & Simmelink 1997, p. 181. Art. 511f Sv dient als basis voor een (marginale) toetsing van de voordeelsberekening in cassatie. Zie HR 16 mei 1989, NJ 1990, 82, HR 21 mei 1991, NJ 1991, 731, en HR 6 oktober 1998, NJ 1998, 914, JOW 1999, 14. Enigszins anders: Wöretshofer 1993, p. 42, die meent dat enkel de verkrijging van voordeel uit de inhoud van wettige bewijsmiddelen moet kunnen worden afgeleid. Wöretshofer 1999, p. 70, betreft daarentegen art. 511f Sv wel op de vaststelling van de hoogte van het voordeel. Reijntjes 1993, p. 72, stelt dat art. 511f Sv, evenals art. 338 lid 2 (oud) Sv, geen bewijsregel is, maar een (verdwaald) strafmotiveringsvoorschrift. Zo ook zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242. Deze stelling hangt samen met de strikte opvatting van Reijntjes dat alleen de tenlastelegging voorwerp van 'bewijs' is (zie noten 11 en 15). Het gaat echter ook binnen die opvatting te ver om art. 511f Sv als motiveringsvoorschrift te kwalificeren. Art. 511f Sv beperkt de rechter *voorafgaande* aan zijn beslissing in het materiaal dat hij aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen. Een motiveringsvoorschrift heeft betrekking op de explicatie van het oordeel *nadat* is geoordeeld.

een slag naar slaat.¹⁹ Dit voorschrift is zonder nadere toelichting in de ontnemingswetgeving overgenomen.

Het valt te waarderen dat de wetgever de schatting aan banden tracht te leggen, maar het is de vraag of art. 511f Sv de rechter werkelijk dwingt het voordeel op deugdelijke wijze vast te stellen. Het vereiste dat de schatting berust op de inhoud van wettige bewijsmiddelen houdt blijkens de wetsgeschiedenis niet meer in dan dat de gehanteerde bronnen tot de opsomming van art. 339 lid 1 Sv behoren. De voorschriften met betrekking tot de *bewijskracht* vallen daarbuiten. Te denken valt vooral aan de bewijsminima (art. 341 lid 4, 342 lid 3, en 344 lid 1 sub 5).²⁰ Hiermee wordt afbreuk gedaan aan de waarborgen die het strafrechtelijk bewijsrecht verschaft door een limitatieve opsomming van de toegelaten bewijsmiddelen, tezamen met de daaraan gekoppelde regels van bewijskracht.²¹ Het klemmt met name dat door het laten vallen van de bewijsminima de categorie schriftelijke bescheiden in de zin van art. 344 lid 1 sub 5 Sv – ‘alle andere geschriften’ – in de ontnemingsprocedure van een belangrijke beperking is ontdaan.²² Er zijn hierdoor nauwelijks meer onwettige bewijsmiddelen denkbaar.²³ Kortom, art. 511f Sv heeft als kwaliteitswaarborg weinig om het lijf.²⁴

Art. 511f Sv stelt volgens de minister nog wel een grens aan de bewijsvergaring. Het vereiste dat het gaat om *wettige* bewijsmiddelen heeft in de optiek van de minister als gevolg dat de rechter ‘(...) zulke middelen die met overschrijding van wettelijke bevoegdheden zijn verkregen buiten beschouwing zal kunnen laten.’²⁵ De argumentatie is niet juist – de wettigheid van het bewijsmiddel zegt immers niets over de rechtmatigheid van de verkrijging²⁶ –, maar de gegeven uitkomst is zeker wel wenselijk. De ontnemingswetgeving beoogt geen legalisatie van onrechtmatige opsporingspraktijken.

19 Zie Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 24, 63, 83, en Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nrs. 1-3, p. 53.

20 Memorie van Toelichting, p. 14, 37, en Memorie van Antwoord, p. 17. Zie ook HR 9 september 1997, NJ 1998, 90, JOW 1998, 2, HR 7 oktober 1997, JOW 1998, 66, en HR 6 oktober 1998, NJ 1998, 914, JOW 1999, 14. Van der Landen & Simmelink 1997, p. 181, betogen dat de voorschriften met betrekking tot anonieme getuigenverklaringen indirect, dat wil zeggen: op grond van art. 6 EVRM, ‘van overeenkomstige toepassing’ zijn. Ik onderschrijf deze stelling in zoverre dat bij de vraag of de oplegging van een ontnemingsmaatregel in overeenstemming is met art. 6 EVRM, het inderdaad van belang is of, en zo ja: op welke wijze, de rechter gebruik heeft gemaakt van verklaringen van anonieme getuigen. Vgl. ook Keulen 1999, p. 294-296.

21 Zie daarover, alsmede over de vaak ruime interpretatie van de regels van het bewijsrecht in de rechtspraak, onder andere Fokkens 1984, p. 26-29, en Garé 1996, p. 120-122, 125-126.

22 Te weten: het vereiste dat deze bescheiden alleen kunnen gelden in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen.

23 Keulen 1999, p. 295-296. Vgl. in dit verband ook HR 22 februari 2000, nr. 112.617 P (niet gepubliceerd), en HR 22 februari 2000, nr. 112.618 P, JOL 2000, 114 (ook NJB 2000, p. 669, nr. 42, doch met weglating van de hier relevante passage).

24 Vgl. ook Doorenbos 1997, p. 115, en Keulen 1999, p. 296.

25 Memorie van Toelichting, p. 14. Zie ook Memorie van Antwoord, p. 17, 19.

26 Zie bijvoorbeeld Corstens 1999, p. 654-655.

329. Bij nadere bestudering van art. 511f Sv rijzen er nog twee vragen. Allereerst valt het oog op de gehanteerde meervoudsvorm ten aanzien van 'bewijsmiddelen'. Geldt hier het adagium *unus testis, nullus testis*?²⁷ Dat lijkt niet het geval te zijn. De wetgever heeft, zoals gezegd, de regels met betrekking tot de bewijskracht buiten toepassing willen laten. Daardoor geldt er geen bewijsminimum en kan de rechter zich verlaten op de inhoud van één bewijsmiddel. Dit is ook het oordeel van de Hoge Raad.²⁸

Art. 511f Sv laat vervolgens in het midden in hoeverre het voorschrift ex art. 339 lid 2 Sv – feiten en omstandigheden van algemene bekendheid behoeven geen bewijs – in de ontnemingsprocedure geldt. De wetsgeschiedenis biedt op dit punt duidelijkheid: het betreffende voorschrift is van toepassing.²⁹ Dit ligt ook voor de hand. De ontnemingswetgeving beoogt een versoepeling ten aanzien van het in de hoofdzaak geldende bewijsrecht en geen verzwaring. De rechter kan derhalve zijn voordeelsberekening baseren op feiten en omstandigheden van algemene bekendheid. In de lagere jurisprudentie ziet men dat deze mogelijkheid ook daadwerkelijk wordt gebruikt. Een voorbeeld is een uitspraak van de rechtbank Den Haag waarin de rechtbank zich aansluit bij de door de politie gemaakte schatting van het voordeel uit mensenhandel, mede omdat:

(...) het een feit van algemene bekendheid [is] dat de opbrengst uit prostitutie hoog is, zodat, gelet op de lange periode waarin genoemde vrouwen in de prostitutie werkzaam waren, een dergelijke bedrag zeker als wederrechtelijk verkregen voordeel aangemerkt kan worden.³⁰

Dergelijke 'objectieve gegevens' komt men hoofdzakelijk tegen in zaken waarin de verdachte niet bereid is informatie te verstrekken. De rechter zoekt dan aansluiting bij bijvoorbeeld informatie van de CRI over de prijs van bepaalde drugs of bij het merk en het bouwjaar van een gestolen auto.³¹ Hoewel men zich kan afvragen of deze gegevens steeds onder de definitie van art. 339 lid 2 Sv vallen,³²

27 Deze vraag is aan de orde geweest tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel vermogenssancties in de Eerste Kamer. De discussie daarover heeft, vanwege de onduidelijke stellingname van de minister, niet tot een duidelijk standpunt geleid. Zie Handelingen EK 29 maart 1983, p. 492, 496-497, 498, 500.

28 Zie de jurisprudentie genoemd in noot 20.

29 Memorie van Toelichting, p. 37. Men kan betogen dat voor het gebruik mogen maken van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid een uitdrukkelijke wettelijke grondslag ook niet noodzakelijk is. Zie Enschedé 1966, p. 509, en Nijboer 2000, p. 274. Zonder die feiten en omstandigheden is er immers praktisch geen bewijsredenering meer mogelijk. Vgl. ook nr. 349.

30 Rb. Den Haag 18 april 1996, JOW 1997, 64.

31 Rb. Almelo 30 september 1996, JOW 1997, 11, en Rb. Den Bosch 16 december 1996, JOW 1997, 28. Zie voorts Rb. Den Bosch 22 februari 1996, JOW 1996, 154, en Hof Den Bosch 7 oktober 1998, JOW 1998, 86. Rb. Breda 30 september 1996, JOW 1997, 95, en Rb. Middelburg 11 augustus 1999, JOW 1999, 59, zoeken aansluiting bij gegevens uit soortgelijke zaken.

32 Zie hieromtrent nr. 351.

is een dergelijke werkwijze begrijpelijk. De rechter tracht te voorkomen dat er geen ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd omdat een exacte vaststelling van het voordeel in het concrete geval op basis van het voorliggende feitenmateriaal onmogelijk is.

330. De wet geeft geen maatstaf voor de waardering van de feiten die relevant zijn voor de voordeelsberekening.³³ Zo is bijvoorbeeld niet voorgeschreven dat het bewijs daarvan 'overtuigend' moet zijn. Men zou kunnen stellen dat dit een logisch gevolg is van het feit dat de rechter bevoegd is het voordeel te schatten.³⁴ Die stelling gaat echter voorbij aan de structuur van de vaststelling van de hoogte van het voordeel. De rechter moet eerst de feitelijke basis voor de berekening van het voordeel vaststellen alvorens hij daadwerkelijk tot de berekening kan overgaan.

Het ligt voor de hand om met betrekking tot de vaststelling van die feitelijke basis aansluiting te zoeken bij de waarderingsmaatstaf die in de 'gewone' strafzaak wordt gehanteerd voor vaststellingen buiten de tenlastelegging om, te weten de aannemelijkheid (zie nr. 325).³⁵ Wat onder aannemelijkheid wordt verstaan, of beter gezegd: kan worden verstaan, komt hieronder, in nr. 343 en 348, aan de orde. Het gaat in elk geval om een (enigszins) andere maatstaf dan die van het wettig en overtuigend bewijs in de zin art. 338 Sv. Voor zover uit de vastgestelde feiten niet direct de concrete omvang van het voordeel blijkt, moet de rechter een berekening uitvoeren. Bij deze berekening komt het niet aan op waardering van bewijs, maar op een logische en rekenkundig correcte redenering.³⁶

2.3 Het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr, tweede en derde variant

331. Anders dan bij de eerste variant ontbreekt bij de tweede en derde variant een uitspraak in de hoofdzaak waaruit blijkt dat een strafbaar feit is begaan. De ontnemingsrechter moet zelf vaststellen of er sprake is van voldoende aanwijzingen dat soortgelijke feiten of (niet-soortgelijke) feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, zijn begaan. Art. 36e lid 2 Sr draagt niet alleen een verruiming van de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel in zich, maar tevens een zekere verlichting van de bewijswaardering. De soortgelijke en niet-

33 Dit is een bewuste keuze van de minister. Zie Memorie van Toelichting, p. 58.

34 Vgl. Van der Landen & Simmelink 1997, p. 178.

35 Zie ook A. Mulder 1975, p. 95, en Van der Landen & Simmelink 1997, p. 180. Enige steun voor deze opvatting kan ook worden gevonden in de Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 7, waar wordt gesproken over de 'aannemelijkheid van de omvang van het wederrechtelijke voordeel'. Deze opmerking heeft betrekking op art. 36e lid 3 Sr.

36 Zie voor een correctie van een rekenkundige misser: HR 23 november 1999, nr. 111.526 P (niet gepubliceerd).

soortgelijke feiten hoeven immers niet wettig en overtuigend te worden bewezen, maar de aanwezigheid van 'voldoende aanwijzingen' volstaat.

Wat zijn nu die voldoende aanwijzingen? Het criterium is afkomstig van de in 1950 ingevoerde WED-ontnemingsmaatregel. De Tweede Kamer heeft als bezwaar tegen de opnemingsmaatregel aangevoerd dat volstaan zou kunnen worden met vermoedens. De reactie daarop van de regering luidt dat de rechter niet uitsluitend mag afgaan op vermoedens, maar dat hij ook moet letten op hetgeen ter zitting blijkt.³⁷ Vervolgens wordt opgemerkt:

Een strikt bewijs in de wettelijke vorm is echter niet vereist, evenmin als dit vereist is ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, waarmee de rechter bij zijn strafbepaling toch ook rekening houdt, indien deze ter terechtzitting zijn gebleken.³⁸

Het vaststellen van voldoende aanwijzingen ligt dus in dezelfde sfeer als enige andere vaststelling van feiten buiten het bewijs van de ten laste gelegde feit. In die zin is het vereiste van 'voldoende aanwijzingen' niets anders dan het – meerduidige³⁹ – aannemelijkheidsvereiste.

De parlementaire stukken van de ontnemingswetgeving geven geen nadere toelichting op het vereiste van 'voldoende aanwijzingen'.⁴⁰ Men mag dan ook aannemen dat de betekenis die zich uit de wetsgeschiedenis van de WED laat afleiden – voldoende aanwijzingen is niets anders dan aannemelijkheid –, nog steeds waarde heeft. Ook in literatuur en jurisprudentie wordt, voor zover daar een standpunt over wordt ingenomen, uitgegaan van inhoudelijke gelijkheid.⁴¹

332. Art. 36e lid 2 Sr omvat, naast het vereiste van de voldoende aanwijzingen, geen andere bewijsvoorschriften zoals bijvoorbeeld de binding aan de inhoud van

37 Zie Amendementen van de heer Van der Feltz, TK 1949-1950, 603, nr. 13, p. 97, en Verslag omtrent de ingediende amendementen, TK 1949-1950, 603, nr. 16, p. 99.

38 Verslag omtrent de ingediende amendementen, TK 1949-1950, 603, nr. 16, p. 99.

39 Zie hierna nr. 343-348.

40 Voor zover de (niet-)soortgelijke feiten niet als ad informandum gevoegde feiten bij de strafmaat hebben meegewogen, kunnen deze volgens de minister ook tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel leiden voor zover '(...) uit het dossier (...) afdoende blijkt, dat de verdachte het feit heeft begaan en zulks ter zitting ook wordt vastgesteld (...)'. Zie Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 4. In de Memorie van Toelichting, p. 11, spreekt de minister van 'andere [niet ad informandum gevoegde; MJB] feiten die blijken uit het proces-verbaal'. Het is niet duidelijk of de minister hier bewust spreekt van 'blijken', hetgeen men zou kunnen opvatten als een wat zwaardere maatstaf dan de aannemelijkheid (vgl. Enschedé in zijn noot onder HR 16 november 1965, NJ 1966, 209, Reijntjes 1980, p. 68-69, en Fokkens 1984, p. 14). Het komt mij voor dat de minister geen poging doet het criterium van de 'voldoende aanwijzingen' nader in te kleuren.

41 Zie Van der Landen, in: Melai c.s. (losbl.), aant. 6 op art. 126-126f Sv (suppl. 86), Van der Landen & Simmelink 1997, p. 179, Doorenbos 1997, p. 116, 118, Hofstee in: T&C Sr 2000, aant. 5b op art. 36e, en HR 25 maart 1997, nr. 104.196 P (niet gepubliceerd). Vgl. ook Wöretshofer 1997, p. 273.

wettige bewijsmiddelen. Art. 511f Sv beperkt zich immers tot de vaststelling van het voordeel en niet de vaststelling van het begaan zijn van de (niet-)soortgelijke strafbare feiten.⁴² In de literatuur is betoogd dat de rechter bij het onderzoek naar het al dan niet begaan zijn van deze feiten wel zou (moeten) zijn gebonden aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen. Het is immers moeilijk verdedigbaar dat aan de vaststelling van het voordeel hogere eisen zouden worden gesteld dan aan die van de onderliggende strafbare feiten. De wetgever laat nergens blijken een dergelijk verschil wel wenselijk te achten. Ook in praktisch opzicht laat een strikt onderscheid zich niet goed voorstellen. In veel gevallen rusten beide vaststellingen op dezelfde stukken.⁴³ De wetgever heeft niettemin gekozen voor een stelsel met zo min mogelijk voorschriften,⁴⁴ al lijkt het niet een keuze te zijn die in alle opzichten is doordacht. Deze kwestie heeft geen groot praktisch belang. Een werkelijke waarborg voor een deugdelijke vaststelling is art. 511f Sv niet (zie nr. 328). Dat neemt overigens niet weg dat van de rechter, ook zonder wettelijke opdracht daartoe, mag worden verlangd dat hij bij de vaststelling van de feiten serieus aandacht besteedt aan de betrouwbaarheid van het door hem gehanteerde bewijsmateriaal.⁴⁵

333. Nadat de rechter heeft geoordeeld dat er voldoende aanwijzingen zijn dat een (niet-)soortgelijk feit door de betrokkene is begaan, moet hij de hoogte van het voordeel vaststellen. Voor deze vaststelling geldt hetgeen hiervoor met betrekking tot de eerste variant is beschreven (zie nr. 326-330).

2.4 Een jurisprudentiële uitbreiding: ontneming bij een complex van feiten

334. De ontneming van voordeel dat is verkregen uit een complex van strafbare feiten, behoeft nadere aandacht. Uit de wetsgeschiedenis van de WED blijkt dat de mogelijkheid tot ontneming van voordeel uit soortgelijke feiten is voortgekomen uit de behoefte slagvaardig te kunnen optreden tegen een serie van economische delicten. Het moet daarom niet strikt vereist zijn dat elk feit, met het daaruit behaalde voordeel, afzonderlijk vast komt te staan.⁴⁶ Anders gezegd: niet alleen de uitbreiding van de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel tot soortgelijke feiten,

42 Wöretshofer 1999, p. 59, stelt dat deze beperking samenhangt met het uitgangspunt van de ontnemingswetgeving dat '(...) de ontnemingsprocedure niet tot doel heeft feiten te bewijzen die tot het voordeel hebben geleid (...)'. De bewijslevering geschiedt zijns inziens, ook voor wat betreft de ontnemingsmaatregel, in de hoofdzaak. Ik onderschrijf deze stelling niet. Zie nr. 143 en 149.

43 Zie Van der Landen & Simmelink 1997, p. 181-182, en Keulen 1999, p. 289-290. Zie ook Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 486.

44 Zie ook Corstens 1999, p. 786.

45 Vgl. ook Doorenbos 1997, p. 115.

46 Zie nr. 54 en 151. Zie ook Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 27.

ook een versoepeling van het bewijsrecht op dat vlak is noodzakelijk voor een effectieve ontneming van voordeel dat uit een serie strafbare feiten is verkregen.

De noodzaak van minder strikte bewijsregels komt tevens naar voren in het RAC-rapport:

Bij de toepassing van art. 36e Sr doet zich dezelfde bewijsmoeilijkheid voor als bij verbeurdverklaring: het vereiste oorzakelijk verband tussen het wederrechtelijk genoten voordeel enerzijds en de verkrijging uit het bewezen-verklaarde strafbare feit anderzijds. Ook deze drempel dient aanzienlijk verlaagd te worden. Zodra blijkt dat dit voordeel is voortgevloeid uit het (bewezen verklaarde) strafbare feit *of een soortgelijk strafbaar feit*, behoort de rechter art. 36e Sr te kunnen toepassen.⁴⁷

De RAC-werkgroep stelt daarbij *niet* de voorwaarde dat er voldoende aanwijzingen bestaan dat de verdachte het soortgelijke feit heeft begaan.⁴⁸ Hierdoor zou het mogelijk moeten zijn dat er voordeel wordt ontnomen zonder dat exact wordt vastgesteld uit welk feit het betreffende voordeel is voortgekomen.

De wetsgeschiedenis van de ontnemingswetgeving biedt op dit onderdeel weinig duidelijkheid. In de Memorie van Toelichting wordt het belang van de mogelijkheid tot ontneming van voordeel uit soortgelijke feiten als volgt verdedigd:

Juist in gevallen waarin er sprake is van systematische en min of meer georganiseerde wetsschendingen, die na analyse zijn terug te voeren op vele tientallen, zo niet honderden soortgelijke strafbare feiten, is het ongebruikelijk en ook volstrekt ondoenlijk al die feiten als individuele feiten ten laste te leggen. Er wordt dan volstaan met de telastelegging van enkele daarvan, ook al blijkt uit het opsporingsonderzoek dat het strafbaar gedrag structureel was. Hier kan voor de constatering van strafbaarheid en de oplegging van straf met een selectie worden volstaan. Voor de bepaling van de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel is dat willekeurig en niet in overeenstemming met het doel van de maatregel.⁴⁹

De minister maakt hier duidelijk dat het Openbaar Ministerie in de ontnemingsprocedure niet mag volstaan met het opnemen van een selectie van de feiten in de (toelichting op de) ontnemingsvordering, indien het de ontneming van het voordeel uit alle feiten wenst. Maar daarmee is nog niet duidelijk of de minister ook van mening is dat wordt vastgesteld hoeveel voordeel elk feit afzonderlijk heeft opgeleverd. De laatste zin van het citaat geeft wellicht aanleiding om te veronderstellen dat dit het geval is, maar de doelstelling van de ontnemingswetgeving –

47 RAC-rapport 1986, p. 34 (originele cursivering).

48 RAC-rapport 1986, bijlage 1, p. 2.

49 Memorie van Toelichting, p. 12.

het verruimen van de bestaande mogelijkheden van voordeelsontneming – wijst in de richting van de versoepeling die in de wetsgeschiedenis van de WED en het RAC-rapport naar voren komt.⁵⁰

335. De vraag in hoeverre het mogelijk is om voordeel te ontnemen dat is verkregen uit een complex van feiten, speelt niet alleen bij soortgelijke feiten. Denkbaar, maar vermoedelijk minder frequent voorkomend, is een aaneenschakeling van niet-soortgelijke feiten. Verder komt, enigszins verrassend, de eerste variant in het vizier.⁵¹ In de hoofdzaak is bijvoorbeeld bewezen verklaard dat de betrokkene '(...) op tijdstippen in de periode van 1 april 1994 tot en met 5 augustus 1994 en op tijdstippen in de periode van 1 maart 1995 tot en met 19 januari 1996 te Breda, tezamen en in vereniging met een ander, telkens opzettelijk heeft verkocht en afgeleverd en verstrekt een hoeveelheid [heroïne] en een hoeveelheid [cocaïne] (...)'.⁵² Een dergelijke bewezenverklaring is niet bijzonder. Zij is in de regel ook voldoende bepaald naar tijd en plaats. Op grond van art. 36e lid 2 Sr kan het voordeel dat uit dit 'feit' is verkregen, worden ontnomen. Het gaat hier uiteraard niet om één strafbaar feit, maar om een complex van strafbare feiten. Wil de rechter tot een adequate vaststelling van de hoogte van het voordeel komen, dan moet hij nader inzicht verkrijgen in de totale hoeveelheid verhandelde drugs en de daarmee verkregen winst.

336. Uit de jurisprudentie lijkt te volgen dat het criterium 'voldoende aanwijzingen' de ruimte biedt voor ontneming van het voordeel uit een complex van feiten, zonder dat het begaan van die feiten afzonderlijk – per feit – hoeft komen vast te staan. Het gaat om een uitspraak van de Hoge Raad van 25 maart 1997.⁵³ De betrokkene is in deze zaak veroordeeld wegens (onder andere) de handel in heroïne en cocaïne, meermalen gepleegd. Volgens zijn eigen verklaring heeft hij in de periode van 1 april tot en met 19 augustus 1994 vanuit een shoarma-zaak in Den Haag deze drugs verkocht, met als verkoopprijzen f 30 per gram heroïne en f 50 per gram

50 Dit laatste lijkt ook tot uiting te komen in de Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 6. De minister bespreekt daar een mogelijke voordeelsberekening op grond van art. 36e lid 3 Sr. In dat voorbeeld speelt een aantal ad informandum gevoegde drugsdelicten een rol, welke ook op grond van art. 36e lid 2 Sr in een ontnemingsmaatregel kunnen worden betrokken. De minister merkt op: 'Wanneer om bij het voorbeeld te blijven de ad informandum gevoegde drugszaken invoer en verkoop van een aantal partijen op verschillende tijdstippen betreffen, behoeft niet per feit te zijn aangegeven hoeveel het heeft opgeleverd.' Vgl. voorts Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 54.

51 Vgl. ook Keulen 1999, p. 65-66.

52 Dit voorbeeld is ontleend aan Hof Den Bosch 29 oktober 1996, JOW 1997, 19, JOW 1997, 93.

53 HR 25 maart 1997, JOW 1997, 92. Wöretshofer 1999, p. 74-75, vat dit arrest op als een toepassing van art. 36e lid 3 Sr. Hij bespreekt het arrest in het kader van de (door de wetgever behandelde) situatie dat er onverklaarbaar aanwezig vermogen is aangetroffen (zie nr. 359). Dit was hier niet het geval. Daarnaast heeft het arrest betrekking op feiten die door de betrokkene (aantoonbaar) zelf zijn begaan. Toepassing van art. 36e lid 3 Sr ligt daarmee niet voor de hand.

cocaïne. Deze bedragen vertegenwoordigen tevens de winstmarge, aangezien alle drugs zijn gestolen. Meer gegevens worden door de betrokkene niet verstrekt.

Wil de rechter in een dergelijk geval het behaalde voordeel kunnen schatten, dan heeft hij op zijn minst informatie over de hoeveelheid verkochte drugs nodig. Deze informatie is in deze zaak door de politie als volgt vergaard. Op 6 dagen in augustus 1994 is de shoarma-zaak geobserveerd. In totaal duurden de observaties 18 uur. Gedurende de observaties werd het aantal bezoekers geteld. Daarnaast is een klein aantal klanten van de shoarma-zaak aangehouden, waarbij werd onderzocht hoeveel drugs zij bij zich droegen. Op grond van deze gegevens zijn gemiddelden berekend van het aantal klanten per uur en van de hoeveelheid drugs per klant. Aan de hand van het totaal aantal uren dat de shoarma-zaak open is geweest en de door de betrokkene opgegeven prijs per gram is vervolgens, in een BFO-rapport,⁵⁴ berekend hoeveel de betrokkene moet hebben verdiend aan zijn handel.⁵⁵ Het hof heeft deze berekening overgenomen. Daarnaast verwijst het hof naar verklaringen van verschillende getuigen (waaronder twee anonieme verklaringen van verslaafden), die hoofdzakelijk betrekking hebben op de prijzen die de betrokkene voor zijn handelswaar rekende, en op zijn personeelskosten.

In cassatie klaagt de betrokkene over de voordeelsberekening. In het middel stelt hij dat deze berekening '(...) een ongeoorloofde generalisatie van een steekproef (...) ' is omdat de berekening is gebaseerd op zes observaties in één maand tijd. De Hoge Raad verwierpt dit middel en stelt dat het hof, gelet op de gebezigde bewijsmiddelen, ervan uit mocht gaan dat de observaties wel representatief waren.

337. De in deze zaak gehanteerde voordeelsberekening is niet erg bevredigend. Het meest kritieke punt is naar mijn mening de bepaling van de totale hoeveelheid verkochte drugs. Deze hoeveelheid is uitsluitend berekend op grond van de observaties en de aanhouding van een klein aantal klanten. De overige bewijsmiddelen hebben op *deze* gegevens geen of slechts zijdelings betrekking. De observaties dekken circa 1,3 % van de totale duur waarin de shoarma-zaak was geopend. Het is niet duidelijk hoe in deze zaak is vastgesteld dat de resultaten van deze observaties representatief zijn voor de overige tijd die de shoarma-zaak open is geweest, om zodoende tot een betrouwbare vaststelling van het voordeel te komen.

Voor zover ik op basis van het arrest van de Hoge Raad en de daarbij behorende stukken kan overzien, is er geen statistische expertise gebruikt om die vaststelling te doen,⁵⁶ en bieden de overige bewijsmiddelen eveneens onvoldoende

54 BFO staat voor Bureau Financiële Ondersteuning.

55 Daarnaast had deze ontnemingszaak ook betrekking op de verkoop van een hoeveelheid hasj.

56 Zie over de mogelijkheden en de gevaren van het gebruik van statistisch bewijs onder andere Kerkmeester 1999, en, met vele verwijzingen, Giesen 2001, p. 346-351, 434-436. Het belangrijkste probleem in het hier besproken geval lijkt te zijn dat er geen populatie is van eerdere, vergelijkbare

steun voor het generaliseren van de resultaten van de observatie. Te denken valt aan verklaringen van werknemers dat de omzet in de betreffende periode constant was. Onder deze omstandigheden is het extrapoleren van onderzoeksgegevens naar mijn mening niet zonder gevaar en bestaat het risico van '(...) een aaneenschakeling van aannames, gissingen en veronderstellingen (...)'.⁵⁷ De Hoge Raad heeft echter geen moeite met de berekening. Dat oordeel lijkt in dit geval samen te hangen met het feit dat de betrokkene nauwelijks concrete bezwaren tegen de berekening heeft aangevoerd, maar het heeft gelaten bij de stelling dat er sprake is van een ongeoorloofde generalisatie.

338. Welke betekenis moet worden toegekend aan dit arrest, indien men abstraheert van de concrete casus en daarmee van de kritiek ten aanzien van de wijze waarop de voordeelsberekening in dit geval heeft plaatsgevonden? Twee gevolgtrekkingen zijn, naast elkaar, mogelijk. Ten eerste, voor de betrokkene is het van belang dat hij zijn bezwaren tegen de voorliggende voordeelsberekening gemotiveerd naar voren schuift.⁵⁸ Op dit moment is de tweede gevolgtrekking van groter belang: de door de Hoge Raad aanvaarde berekeningsmethode staat toe dat niet alle strafbare feiten afzonderlijk worden vastgesteld. Het oordeel dat er voldoende aanwijzingen zijn dat een aantal strafbare feiten heeft plaatsgevonden, kan immers tot op zekere hoogte geschieden door extrapolatie – en daarmee ook: objectivering – van gegevens uit een steekproef.⁵⁹ Onder welke voorwaarden een dergelijke extrapolatie wel en niet is toegelaten, wordt uit het arrest niet duidelijk, maar er lijken geen hoge eisen te worden gesteld aan de onderbouwing van de representativiteit van de onderzoeksresultaten.

2.5 Overige jurisprudentiële regels

339. In de jurisprudentie is een aantal regels ontwikkeld met betrekking tot het vaststellen van de strafbare feiten en van de omvang van het verkregen voordeel. In deze paragraaf geef ik een overzicht hiervan.

In de lagere rechtspraak is een ruim aantal uitspraken voorhanden waarin de ontnemingsvordering van het Openbaar Ministerie wordt afgewezen omdat

gevallen op grond waarvan bepaalde kansen kunnen worden vastgesteld.

57 Hof Den Bosch 29 oktober 1996, JOW 1997, 19, JOW 1997, 93. Het hof verwerpt met deze woorden een soortgelijke berekeningsmethode. In die zin ook Rb. Breda 22 april 1999, JOW 1999, 68. Rb. Zwolle 6 april 1995, te kennen uit HR 12 november 1996, JOW 1997, 17, acht een observatieperiode van zes avonden in drie weken te mager voor een extrapolatie naar een periode van anderhalf jaar, maar wel toereikend voor een periode van vier maanden.

58 In deze zin de conclusie van A-G Van Dorst voor het arrest. Zie ook Van der Neut & Simmelink 1999, p. 132. In de casus van de shoarma-zaak is het bijvoorbeeld denkbaar dat de betrokkene zou hebben aangevoerd dat hij de eerste maanden na opening nauwelijks klanten had.

59 Zie ook Vermeulen 1999, p. 101.

de vordering en/of de stukken waarop deze is gebaseerd, onvoldoende duidelijk – te vaag, onvoldoende gespecificeerd, onvoldoende toegelicht – zijn.⁶⁰ De vordering van het Openbaar Ministerie moet, zo wordt vereist, op zijn minst voldoende aanknopingspunten bieden voor een nader onderzoek naar het begaan zijn van de strafbare feiten en de omvang van het voordeel.⁶¹ Deze norm is strenger dan die van art. 511b Sv, dat niet meer verlangt dan dat de ontnemingsvordering een oproeping bevat om op een bepaald tijdstip ter terechtzitting te verschijnen.⁶² Indien de rechter echter een ontnemingsmaatregel wil kunnen opleggen, moet hem wel eerst door het Openbaar Ministerie duidelijk worden gemaakt waar die maatregel betrekking op moet hebben. Als dit niet uit de vordering blijkt, kan het Openbaar Ministerie worden gehouden (alsnog) een toelichting te geven.

340. Bieden de vordering van het Openbaar Ministerie en het dossier wel voldoende aanknopingspunten, dan selecteert de rechter, na het onderzoek ter terechtzitting, het bewijsmateriaal dat hij van waarde acht voor zijn beslissing. De Hoge Raad geeft de feitenrechter hierbij een grote vrijheid:

(...) het is voorbehouden aan de rechter die de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel vaststelt om, binnen de door de wet getrokken grenzen, van het beschikbare materiaal datgene tot het bewijs te bezigen hetwelk hem uit het oogpunt van betrouwbaarheid dienstig voorkomt en datgene terzijde te stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht.⁶³

Deze keuze behoeft in principe geen nadere motivering. Dit wordt pas anders indien er in de ogen van de Hoge Raad sprake is van een schatting die zonder nadere motivering onbegrijpelijk is.⁶⁴

Naar mijn mening laat de Hoge Raad bij de selectie van het bewijsmateriaal een behoorlijk ruime marge aan de feitenrechter. De keuzes die een rechter bij de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel moet maken, zijn veelal

60 Rb. Assen 7 juni 1995, JOW 1996, 105, JOW 1997, 43, Rb. Utrecht 16 juni 1995, JOW 1996, 106, JOW 1997, 40, Rb. Zutphen 13 februari 1996, JOW 1996, 117, Hof Leeuwarden 6 juni 1996, JOW 1997, 22, Hof Den Bosch 29 oktober 1996, JOW 1997, 19, JOW 1997, 93, Rb. 16 januari 1997, JOW 1997, 76, Rb. Breda 24 maart 1998, JOW 1998, 102, Rb. Leeuwarden 28 april 1998, JOW 1999, 25, en Rb. Den Bosch 21 december 1998, JOW 1999, 41.

61 Vgl. Rb. Utrecht 16 juni 1995, JOW 1996, 106, JOW 1997, 40, en Rb. Den Bosch 21 december 1998, JOW 1999, 41.

62 Zie kritisch hierover Doorenbos 1997, p. 110-111, Van der Landen & Simmelink 1997, p. 166, Reijntjes & Wöretshofer 1999, p. 766-767, en Keulen 1999, p. 274-276. Vgl. ook Reijntjes in zijn noot onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 55.

63 HR 6 januari 1998, JOW 1998, 48. Zie voorts HR 4 januari 2000, JOW 2000, 1. Deze regel geldt ook voor de selectie van het bewijsmateriaal in de gewone strafzaak. Zie bijvoorbeeld HR 14 maart 1989, NJ 1989, 747, m.nt. 'tH.

64 HR 16 mei 1989, NJ 1990, 82, HR 21 mei 1991, NJ 1991, 731, HR 19 mei 1998, JOW 1998, 51, en HR 15 juni 1999, nr. 110.690 P (niet gepubliceerd).

tot op zekere hoogte arbitrair. Een voorbeeld uit de jurisprudentie: de betrokkene heeft zich samen met een ander schuldig gemaakt aan diefstal met geweld. Volgens de aangifte is er daarbij een bedrag gestolen van DM 3000, terwijl de betrokkene en zijn mededader – heel verwonderlijk – spreken over een bedrag van ca. DM 30.000. De betrokkene heeft verklaard dat hij zelf aan de diefstal een bedrag tussen de f 9.000 en f 12.500 heeft overgehouden. De rechter gebruikt voor de schatting van het voordeel de verklaring van de betrokkene en stelt het verkregen voordeel vast op f 12.500.⁶⁵ Ook al vertrouwt men er volledig op dat de rechter zorgvuldig heeft overwogen welk onderdeel van het beschikbare materiaal hem uit het oogpunt van betrouwbaarheid dienstig voorkomt, het resultaat is in zekere zin willekeurig. De rechter had even goed tot een schatting van f 9.000 kunnen komen. De Hoge Raad grijpt in een dergelijk geval niet snel in.⁶⁶

341. Er is een aantal uitspraken voorhanden waarin de rechter, anders dan in het zojuist gegeven voorbeeld, het principe *in dubio pro reo* op de schatting van het voordeel toepast: in geval van twijfel over de exacte hoogte van het voordeel wordt uitgegaan van het minimaal verkregen voordeel.⁶⁷ Deze houding treft men zeker niet bij alle rechters aan. Indien de betrokkene zelf geen duidelijkheid verschaft omtrent de hoogte van het verkregen voordeel,⁶⁸ loopt hij het risico dat de rechter aansluiting zoekt bij objectieve gegevens, waarbij een mogelijk te hoge schatting van het voordeel op de koop toe wordt genomen.⁶⁹

2.6 Nadere analyse

2.6.1 Inleiding

342. Na deze beschrijving van de wettelijke en de jurisprudentiële voorschriften die voor de vaststelling van feiten en voordeel in de ontnemingsprocedure gelden, verdient een tweetal kwesties meer aandacht. Allereerst het criterium van de

65 Rb. Breda 30 november 1995, JOW 1996, 107.

66 Zie bijvoorbeeld HR 10 november 1998, nr. 108.249 P (niet gepubliceerd).

67 Rb. Breda 28 mei 1996, JOW 1997, 54, Rb. Rotterdam 28 januari 1997, JOW 1998, 97, en Rb. Leeuwarden 30 december 1997, JOW 1998, 110. Vgl. ook, voor het Duitse recht, BGH 20 april 1989, NSTZ 1989, p. 361.

68 Daaronder is ook te verstaan het verstrekken van gegevens over eventueel gemaakte kosten. Zie Rb. Breda 30 september 1996, JOW 1997, 95, en Rb. Den Bosch 21 december 1998, JOW 1999, 41. Vgl. ook Hof Leeuwarden 26 juni 1996, JOW 1997, 1.

69 Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 30 september 1996, JOW 1997, 95: 'Omdat T. [de betrokkene; MJB] om hem moverende redenen ervoor gekozen heeft om geen openheid van zaken te geven, ontkomt de officier van justitie er niet aan de vordering te baseren op winstpercentages die in soortgelijke zaken worden behaald. Voor zover de benadering van de officier van justitie in het nadeel van T. uitpakt, is dat aan T.'s eigen proceshouding te wijten.' Zie verder de rechtspraak genoemd in nr. 329.

aannemelijkheid, waaronder ook begrepen dat van de voldoende aanwijzingen. De betekenis van de term 'aannemelijk' is in het strafvorderlijk systeem meerduidelijk. De vraag is dan welke betekenis in de context van art. 36e lid 2 Sr het meest passend is. Vervolgens ga ik nader in op de wijze waarop feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en ervaringsregels een rol kunnen spelen in de ontnemingsprocedure, in het bijzonder door gebruik te maken van rechterlijke bewijsvermoedens. Deze twee onderwerpen zijn voor praktisch elke ontnemingsprocedure van belang, maar de abstractiegraad ervan brengt met zich mee dat in de meeste uitspraken niet of nauwelijks tot uitdrukking komt op welke wijze het aannemelijkheidsvereiste wordt ingevuld of in welke mate van bewijsvermoedens gebruik is gemaakt.

2.6.2 De aannemelijkheid nader beschouwd

343. De aannemelijkheid als maatstaf voor bewijswaardering kan vanuit het strafvorderlijk systeem op twee manieren nader worden ingekleurd, te weten: aan de hand van de strafuitsluitingsgronden en aan de hand van de voeging ad informandum.

Ten eerste, in het geval de verdachte in een gewone strafzaak feiten en omstandigheden stelt die een strafuitsluitingsgrond inhouden, leidt dat tot een voor hem gunstige beslissing indien deze feiten en omstandigheden aannemelijk zijn geworden.⁷⁰ Dit houdt een duidelijk minder strenge bewijsmaatstaf in dan die van het (wettig en) overtuigend bewijs in de zin van art. 338 Sv.⁷¹ Het is hier van belang te wijzen op de samenhang met het adagium *in dubio pro reo*: indien het begaan zijn van het strafbare feit door de verdachte niet zeker is en er dus twijfel bestaat, moet de verdachte vrijuit gaan. Dat is de bewijsrechtelijke consequentie van het aan het Wetboek van Strafvordering ten grondslag liggende principe dat alleen de werkelijk schuldige wordt veroordeeld en de vervolging en de veroordeling van een onschuldige naar vermogen wordt verhinderd.⁷² Dit principe vereist dat de rechterlijke beslissing zoveel mogelijk overeenkomstig de materiële waarheid

70 Zie bijvoorbeeld HR 20 juni 1967, NJ 1968, 49, m.nt. Van Eck, HR 12 januari 1971, NJ 1971, 293, m.nt. Enschedé, HR 10 juni 1975, NJ 1975, 465, HR 25 november 1980, NJ 1981, 127, HR 5 februari 1985, NJ 1985, 473, HR 30 januari 1990, NJ 1990, 445, en HR 28 maart 1995, NJ 1995, 484. Zie voorts Melai 1968, p. 89-91, Fokkens 1984, p. 13-14, Corstens 1999, p. 678, 681, en Nijboer 2000, p. 87-89. Indien er sprake is van een bewijsverweer – een verweer ten aanzien van een (te bewijzen) bestanddeel –, is een afzonderlijke waarderingsmaatstaf voor het verweer in wezen overbodig. Een dergelijk verweer vormt onderdeel van de overwegingen van de rechter of het ten laste gelegde feit wettig en overtuigend bewezen is. Zie Melai 1968, p. 88-89.

71 Zie voor een nadere uitwerking nr. 378-379.

72 Memorie van Toelichting, TK 1913-1914, 286, nr. 3, p. 55. Zie hieromtrent nader Langemeijer 1931, p. 93-94, Enschedé 1966, p. 513, Melai 1968, p. 90, Pompe 1975, p. 49-50, Reijntjes 1980, p. 66-67, 103, Fokkens 1984, p. 22-24, Keijzer 1987, p. 243-244, Corstens 1999, p. 53, 617-618, en Nijboer 2000, p. 34-35, 88, 207-208.

geschiedt. Dat laat weinig twijfel toe over hetgeen heeft plaatsgevonden. Dientengevolge volstaat de aannemelijkheid van de strafuitsluitingsgrond.

Heeft het criterium van de aannemelijkheid zoals dat in de context van de voor de verdachte gunstige feiten en omstandigheden geldt, relevantie voor de ontnemingsmaatregel? Kan men bijvoorbeeld zeggen dat de rechter in een concreet geval mag aannemen dat er voldoende aanwijzingen zijn dat de betrokkene een strafbaar feit heeft begaan, omdat hij de door het Openbaar Ministerie beweerde gang van zaken een reële mogelijkheid acht? Het probleem van deze gedachtegang springt onmiddellijk in het oog. De feiten die voor de ontnemingsmaatregel moeten komen vast te staan, zijn hoofdzakelijk *belastend* voor de betrokkene, terwijl het bij de strafuitsluitingsgronden gaat om *ontlastende* feiten en omstandigheden. Er bestaat derhalve een verschil in functie en ratio tussen de rol van het aannemelijkheids criterium in beide contexten.⁷³

344. Ten tweede, bij de afdoening ad informandum is vereist dat de gevoegde feiten aannemelijk zijn. Dit aannemelijkheids criterium richt zich, evenals bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel het geval is, op voor de betrokkene belastende feiten. De afdoening ad informandum vereist, anders dan art. 36e Sr, dat de betrokkene het betreffende feit heeft bekend.⁷⁴ Ander materiaal dat het begaan zijn van het ad informandum gevoegde feit ondersteunt, is daarnaast niet vereist. De bewijsminimumregel ex art. 341 lid 4 Sv is immers niet van toepassing. Deze afwijking van het wettelijke bewijsstelsel ex art. 338-344a Sv is door Franken in verband gebracht met het aannemelijkheids criterium:

Het kan (...) ook zo zijn dat het aannemelijkheids criterium bij de afdoening ad informandum anders moet worden begrepen [dan het toelaten van een minder hoge graad van zekerheid; MJB] en met name geen betrekking heeft op de mate van zekerheid die van de rechter wordt geëist en de ruimte voor twijfel die hem wordt gelaten. De keuze voor deze term kan immers ook geïnspireerd zijn door het feit dat bij de afdoening ad informandum van het wettelijk bewijsrecht wordt afgeweken doordat de bewijsminimumregel van art. 341, vierde lid Sv buiten werking wordt gesteld.⁷⁵

Franken meent dat deze benadering meer voor de hand ligt dan het zoeken van aansluiting bij de uitleg van het aannemelijkheids criterium zoals dat wordt ingevuld met betrekking tot voor de verdachte gunstige feiten en omstandigheden. De

73 Dit is alleen anders indien het de kosten betreft. Aangezien deze voor aftrek in aanmerking komen op de (bruto-)opbrengst, hetgeen men in deze context als ontlastend zou kunnen duiden, is het naar mijn mening verdedigbaar kosten op dezelfde wijze te benaderen als ontlastende feiten en omstandigheden. Kennelijk anders: A.A. Franken & Van der Landen 1996, p. 679.

74 Zie daarover A.A. Franken 1993, p. 16-21, en Corstens 1999, p. 684-685.

75 A.A. Franken 1993, p. 144.

belastende strekking van de voeging ad informandum is naar zijn mening geen reden om ten aanzien van gevoegde feiten te volstaan met het stellen van '(...) minder zware eisen aan de mate van zekerheid dan bij de bewijsvraag omtrent telastgelegde feiten.'⁷⁶

Deze gedachtegang kan betrekkelijk eenvoudig worden doorgetrokken naar art. 36e lid 2 Sr. De wetsgeschiedenis biedt daarvoor weliswaar geen expliciete steun,⁷⁷ maar de aard van de ontnemingsmaatregel maakt een uitleg die alleen de binding aan de bewijsminimumregels en niet aan het criterium voor bewijswaardering uitsluit, wel wenselijk. De ontnemingsmaatregel is een sanctie die een groot bedrag kan omvatten en daarbij gekoppeld is aan een vervangende hechtenis. Het is bepaald geen sanctie die op grond van eventualiteiten en twijfel zou moeten worden opgelegd.⁷⁸ Er moet daarom worden vastgehouden aan het vereiste dat de rechter overtuigd moet zijn van de gestelde feiten.

345. Past deze benadering, waarbij wordt vastgehouden aan de overtuiging van de rechter, binnen de opvattingen in de literatuur over het aannemelijkheids criterium bij art. 36e lid 2 Sr? De opvattingen lopen op het eerste gezicht sterk uiteen. Doorenbos duidt de aannemelijkheid aan als 'minder dan waarschijnlijkheid', 'het redelijk vermoeden' en 'lichte verdenkingen'.⁷⁹ Het is niet duidelijk waarop hij deze omschrijvingen baseert. Hiervoor is gebleken dat de wetsgeschiedenis niet tot een dergelijke stellingname dwingt. Het is juist onduidelijk welke betekenis de wetgever voor ogen heeft. Het valt op dat Doorenbos vervolgens zeer kritisch is over zijn eigen invulling: 'De rechter (...) doet er dan ook goed aan (...) met niet minder zekerheid en overtuiging genoeg te nemen dan hij gewoon is bij de berechting van strafzaken.'⁸⁰

76 A.A. Franken 1993, p. 143.

77 Er kan nog wel worden gewezen op de wetsgeschiedenis van de WED. Bij de behandeling van dat wetsvoorstel ondersteunt de Commissie voor Privaat- en Strafrecht haar kritiek op de reikwijdte van de voorgestelde ontnemingsmaatregel met de opmerking: 'Dit klemte te meer, daar – naar de commissie aanneemt – ten aanzien van de schatting van het behaalde voordeel geen strikte bewijsregels zullen behoeven te worden toegepast; de rechter zal kunnen volstaan met als zijn overtuiging uit te spreken, dat de verdachte het door hem geschatte voordeel heeft genoten.' Zie Voorlopig Verslag, TK 1947-1948, 603, nr. 4, p. 38. Van regeringszijde wordt alleen bevestigd dat er geen strikte bewijsregels gelden, maar in hoeverre de eis van overtuiging geldt, blijft in het midden. Zie Memorie van Antwoord, TK 1948-1949, 603, nr. 5, p. 52, en Verslag omtrent de ingediende amendementen, TK 1949-1950, 603, nr. 16, p. 99.

78 In vergelijkbare zin Van der Landen & Simmelink 1997, p. 179, Reijntjes & Wöretshofer 1999, p. 765, Wöretshofer 1999, p. 62, en Nijboer 2000, p. 335. Zie voorts Fokkens 1984, p. 14, die stelt dat voor een voor de verdachte ongunstige beslissing een grote mate van waarschijnlijkheid (hetgeen meer is dan aannemelijkheid) is vereist. Hij lijkt deze gedachte echter niet door te trekken naar art. 36e lid 2 Sr, vgl. Fokkens 1999, p. 18. Anders: Schaap 1999, p. 425 (noot 19). Hij meent dat ten aanzien van de oplegging van een ontnemingsmaatregel een minder strenge maatstaf mag gelden dan ten aanzien van het bewijs van het ten laste geleide feit.

79 Doorenbos 1997, p. 116-117.

80 Doorenbos 1997, p. 117.

Een andere invulling die wel aan het aannemelijkheids criterium wordt gegeven is die van de *preponderance of evidence*.⁸¹ Dit uit het Engelse civiele recht afkomstige criterium houdt in dat het betreffende feit zich 'meer waarschijnlijk wel dan niet' heeft voorgedaan.⁸² Deze invulling berust op een betwistbare wetshistorische interpretatie: de wetgever zou hebben gerefereerd aan het civiele bewijsrecht en daarmee is kennelijk deze civiele waarderingsmaatstaf van toepassing.⁸³ De wetgever heeft in dit opzicht echter geenszins gerefereerd aan het civiele recht. Dat is alleen het geval voor wat betreft de regels omtrent bewijskracht en bewijslastverdeling.⁸⁴ Maar ook indien de wetgever wel had willen aansluiten bij de civiele waarderingsmaatstaf, is de *preponderance of evidence* niet op zijn plaats. Dit Engelse criterium wijkt namelijk af van het strengere Nederlandse criterium van de 'redelijke mate van zekerheid'.⁸⁵ Los van dit alles, de auteurs die het aannemelijkheids criterium met de *preponderance of evidence* invullen, doen tegelijkertijd weer afstand van deze invulling door een strengere waarderingsmaatstaf wenselijk te achten.⁸⁶

De meest strikte invulling die aan het aannemelijkheids criterium wordt ingegeven, is de 'hoge graad van zekerheid'. Deze invulling, afkomstig van Van der Landen en Simmelink,⁸⁷ berust op de gedachte dat de vereiste mate van zekerheid in overeenstemming behoort te zijn met de daaraan verbonden gevolgen.⁸⁸ Of deze hoge graad van zekerheid naar hun mening overeenkomt met de overtuiging

- 81 Zie Nijboer 1997, p. 330 (deze passage komt niet meer voor bij Nijboer 2000), en Reijntjes & Wöretshofer 1999, p. 765. In zijn noot onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 55, stelt Reijntjes echter dat de aannemelijkheid geen andere mate van overtuiging vereist (dan de maatstaf van art. 338 Sv), maar slechts betrekking heeft op het niet-toepasselijk zijn van wettelijke bewijsregels. Zie ook Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 486.
- 82 Zie over dit criterium nader Giesen 1999b, p. 627, en Giesen 2001, p. 53.
- 83 Zie met name Nijboer 1997, p. 330 (deze passage komt niet meer voor bij Nijboer 2000).
- 84 Zie Memorie van Toelichting, p. 13-14.
- 85 Zie, met nadere verwijzingen, Giesen 1999b, p. 626, en Giesen 2001, p. 50-51. De *preponderance of evidence* is wel te herkennen in het aannemelijkheids criterium zoals dat bijvoorbeeld in kort geding-procedures geldt, zie Giesen 1999b, p. 629, en Giesen 2001, p. 56-57. Hartmann 1998, p. 183, en Schaap 1999, p. 425, maken ten onrechte geen onderscheid tussen *preponderance of evidence*, aannemelijkheid en de redelijke mate van zekerheid.
- 86 Nijboer 1997, p. 331 (noot 27) (deze passage komt niet meer voor bij Nijboer 2000), en Reijntjes & Wöretshofer 1999, p. 765.
- 87 Van der Landen & Simmelink 1997, p. 179. Zij spreken hier alleen over de soortgelijke feiten. Voor de niet-soortgelijke feiten wordt echter geen ander criterium genoemd.
- 88 Dit blijkt mede uit de verwijzing naar Enschedé 1966, p. 513. Enschedé omschrijft aldaar de zekerheidsgraad die is vereist ten aanzien van feiten buiten het verband van de tenlastelegging als een 'redelijke zekerheid'. Hij vervolgt: 'De redelijkheid van de zekerheid is juist de relatie tot de aard van de handeling, waartoe op grond van die zekerheid over de feiten wordt besloten.' Verder spreekt hij van 'een grote mate van subjectieve zekerheid' (p. 514) en verwijst hij daarbij naar de opvatting van Pompe omtrent de overtuiging. Deze laatste spreekt van 'een hoge mate van zekerheid', maar geeft tegelijkertijd aan dat er in wezen geen maatstaf voor die zekerheid valt te geven. De totstandkoming van de overtuiging vindt plaats in een proces van het interpreteren van feiten, het subsumeren onder algemene patronen en het zo nodig corrigeren naar de specifieke kenmerken van het geval. Zie Pompe 1975, p. 51-53.

in de zin van art. 338 Sv, blijkt niet uit het betoog van Van der Landen en Simmelink.⁸⁹

346. Overziet men dit overzicht van de standpunten in de literatuur, dan valt te constateren dat de auteurs die de aannemelijkheid als een niet al te streng criterium omschrijven, in elk geval niet gelukkig zijn met dat criterium. De neuzen staan al met al in de dezelfde richting: gelet op de belastende aard van de feitelijke vaststellingen die voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel noodzakelijk zijn, dienen die vaststellingen op een hoge mate van zekerheid te berusten. Of daarmee ook precies hetzelfde criterium als de overtuiging van art. 338 Sv geldt, is niet geheel duidelijk. Die duidelijkheid kan echter ook niet worden verschaft. Er bestaat geen eenduidige definitie van de overtuiging ex art. 338 Sv.⁹⁰ De inhoud van het begrip wordt in de kern bepaald door het streven naar de materiële waarheid en daarmee het trachten (redelijke) twijfel over hetgeen heeft plaatsgevonden, uit te sluiten. In het civiele recht is het proces evenzeer gericht op het vinden van de materiële waarheid,⁹¹ doch daar geldt als maatstaf de redelijke mate van zekerheid en niet 'overtuiging' of 'een hoge mate van zekerheid'. Op de keper beschouwd is er niet meer dan een gering verschil aanwijsbaar tussen de civielrechtelijke en de strafrechtelijke maatstaf voor bewijswaardering.⁹² Het is daarom niet heel zinvol de hoge mate van zekerheid die in het criterium voor bewijswaardering zoals dat in art. 36e lid 2 Sr ligt besloten, nader te definiëren. Het is wel van belang te constateren dat materiële waarheidsvinding ook bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel past. Het rechtsherstel vereist in principe dat het wederrechtelijke voordeel wordt ontnomen zoals dat daadwerkelijk is verkregen (zie nr. 255). Dat is alleen mogelijk indien de vaststelling van de feiten die van belang zijn voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel, zo veel mogelijk in overeenstemming is met de werkelijkheid.

347. Waar het bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel in bewijsrechtelijk opzicht om gaat, is niet zozeer het structureel afzwakken van de vereiste zekerheid, maar het voorkomen dat de waarderingsmaatstaf een belemmering vormt voor vaststellingen die binnen de specifieke context van de voordeelsontneming vrijwel per definitie problematisch zijn. Het betreft dan

89 Dit standpunt wordt met betrekking tot de WED-ontnemingsmaatregel wel ingenomen door Van Bemmelen-Balkema-Van Veen 1990, p. 235. Daar wordt gesteld: 'Het zal moeten gaan om feiten, waarvan vast zou komen te staan dat zij gepleegd zijn door de veroordeelde, indien hij ook daarvoor zou zijn vervolgd.'

90 Zie noot 87, en voorts Fokkens 1984, p. 29-30, en Nijboer 2000, p. 86-87.

91 Zie over de vermeende verschillen tussen de waarheidsvinding in het strafrecht en het civiele recht: Borgers & Kristen 1999, p. 869.

92 Vgl. Giesen 1999b, p. 627, 630, en Giesen 2001, p. 52, 59.

hoofdzakelijk het vaststellen van de *precieze* omvang van het voordeel (opbrengsten en kosten) en het toerekenen van voordeel aan individuele feiten indien het (totale) voordeel is verkregen uit een complex van strafbare feiten. Die vaststellingen vinden immers gradueel plaats – de hoogte van het voordeel kan een gulden meer of minder zijn, het complex kan een transactie meer of minder omvatten – terwijl andere vaststellingen veel meer een ‘digitaal’ karakter hebben – de betrokkene heeft al dan niet een strafbaar feit begaan, het voorwerp is wel of niet in een helterscircuit doorverkocht.⁹³

Uit de beschrijving van de rechtspraak is gebleken dat de rechter, teneinde te voorkomen dat deze specifiek problematische vaststellingen geheel onmogelijk worden, gebruik maakt van objectieve gegevens, waaronder feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en ervaringsregels (zie nr. 329 en 341).⁹⁴ Ook de extrapolatie van onderzoeksresultaten moet worden opgevat als een methode die beoogt de vaststelling van het voordeel bij een complex van feiten mogelijk te maken (zie nr. 337). Hierna zet ik uiteen dat dergelijke objectieve gegevens kunnen worden gehanteerd door middel van rechterlijke vermoedens. Op deze plaats volstaat de constatering dat indien de rechter met behulp van deze objectiveringen een feitelijke vaststelling doet, ook deze vaststelling (uiteindelijk)⁹⁵ een hoge mate van zekerheid moet kennen.

348. Past de hier verdedigde invulling van het aannemelijkheids criterium bij de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel? Voor het antwoord op deze vraag kan worden teruggegrepen op hetgeen in hoofdstuk 5 is opgemerkt over de mogelijkheid van de ontneming van

93 Ten aanzien van een complex van feiten is er een gemengde analoge/digitale beslissing. Er moet (digitaal) worden vastgesteld of er zich meerdere feiten hebben voorgedaan en in welke periode het complex zich heeft afgespeeld. Daarnaast moet (analoog) worden onderzocht de hoeveelheid transacties het complex heeft omvat.

94 Een dergelijke benadering is in het strafrecht niet geheel ongebruikelijk. De strafbaarstelling van heling is daarvan een voorbeeld. Het bewijs uit welk misdrijf het gehele goed precies afkomstig is, is in het algemeen problematisch. Daarom volstaat het bewijs dat het goed uit *een* (onbepaald) misdrijf afkomstig is, welk bewijs onder omstandigheden kan worden geleverd met behulp van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid. Zie hierover Schalken 1999, p. 292-294, Schaap 1999, p. 259-292, in het bijzonder p. 262, 274-278, maar anders Lamp 2000, p. 44-45. Te denken valt ook aan drugszaken waarin bijvoorbeeld de ervaringsregel ‘wie zijn eigen koffer inpakt, weet wat erin zit’ wordt gehanteerd bij het bewijs van het opzet. Een voorbeeld hiervan bespreek ik in nr. 380. Ik wijs verder nog op de voorgestelde witwasbepaling, waarbij het voorwerp uit ‘enig misdrijf’ afkomstig moet zijn. Zie over het bewijs daarvan Memorie van Toelichting, TK 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 9-10, 16, en Nota naar aanleiding van het Verslag, TK 2000-2001, 27 159, nr. 5, p. 8, 11. Kritisch daarover Groenhuijsen & Van der Landen 2000, p. 997-998.

95 Het gebruik van vermoedens, zoals zo dadelijk uiteen te zetten, impliceert dat de rechter de feiten eerst voorlopig vaststelt, waarna het leveren van tegenbewijs nog tot een andere uitkomst kan leiden. Voor deze eerste stap zou men een andere, iets lagere waarderingsmaatstaf kunnen aanwijzen. Zie met betrekking tot deze zogeheten ‘voorhandse aannemelijkheid’ Giesen 1999b, p. 629-630, en Giesen 2001, p. 57-58. Dit neemt niet weg dat de definitieve vaststelling van de feiten wel aan de maatstaf van de redelijke of hoge mate van zekerheid moet beantwoorden.

wederrechtelijk voordeel dat is verkregen uit een feit waarvan de verdachte in de hoofdzaak is vrijgesproken. Daar is gebleken dat de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen het wettig en overtuigend bewijs in de zin van art. 338 Sv en de bewijscriteria van art. 36e lid 2 en 3 Sr. In die jurisprudentie komt naar voren dat de Hoge Raad in de ontnemingsprocedure minder strenge eisen stelt aan het te leveren bewijs dan in de hoofdzaak,⁹⁶ maar waar het verschil precies in schuilt is niet duidelijk. Of de Hoge Raad het criterium van de aannemelijkheid in het kader van art. 36e lid 2 Sr anders opvat dan hiervoor is verdedigd, laat zich daarom niet vaststellen.

2.6.3 *Het gebruik van bewijsvermoedens*

349. Bij de bespreking van de jurisprudentie eerder in deze paragraaf is een aantal maal naar voren gekomen dat er onder omstandigheden een zekere verwachting bestaat ten aanzien van de betrokkene dat hij informatie over de voordeelsverkrijging verschaft. Laat de betrokkene dat achterwege, dan stelt de rechter het voordeel vast met behulp van andere gegevens. Zo heb ik gewezen op het gebruik van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid (objectieve gegevens) (nr. 329 en 341) en het extrapoleren (objectiveren) van onderzoeksgegevens (nr. 337). Het gebruik van dergelijke objectiveringen wordt in de literatuur aangeduid als het gebruik maken van *bewijsvermoedens*.⁹⁷ Deze aanduiding is op zijn plaats, althans indien men aansluit bij de betekenis van het rechterlijk vermoeden in het civiele bewijsrecht.⁹⁸

Het gebruik maken van een rechterlijk vermoeden is in wezen een manier van redeneren door de rechter. Uit het vaststaan van één of meer feiten – de hulp- of intermediaire feiten – leidt de rechter af dat ook het door een partij te bewijzen feit vaststaat. Anders gezegd: uit bekende feiten wordt het vaststaan van een ander feit afgeleid. Deze feitelijke gevolgtrekking uit de hulpfeiten geschiedt veelal aan de hand van ervaringsregels en/of feiten van algemene bekendheid. Het te bewijzen feit komt zodoende op een indirecte of middellijke wijze vast te staan. Deze bewijsbeslissing wordt veelal aangeduid als een ‘voorhands’ bewijsoordeel. De

96 Zie met name HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 56, overweging 3.6 *in fine*. De Hoge Raad geeft aan dat het ontbreken van voldoende bewijs voor de hoofdzaak er niet aan in de weg hoeft te staan dat er sprake is van voldoende aanwijzingen in de zin van art. 36e lid 2 Sr.

97 Van der Landen & Simmelink 1997, p. 178, en Hofstee in: T&C Sr 2000, aant. 5b op art. 36c. Zie ook Wöretshofer 1999, p. 63, 65-66, die het gebruik van vermoedens lijkt te willen beperken tot de causale vaststelling tussen feit en voordeel.

98 De betekenis van het *wettelijk* vermoeden in het civiele recht laat ik buiten beschouwing. Zie over dit vermoeden en de verschillen met het rechterlijk vermoeden onder andere Asser 1992, nr. 16-18, en Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 31-35, Tophinke 2000, p. 167-170 (met aandacht voor het strafrecht), en Giesen 2001, p. 66-67.

wederpartij is bevoegd dit oordeel te ontkrachten door het zaaien van voldoende twijfel.⁹⁹

Het hanteren van vermoedens en – meer in het algemeen – het redeneren met behulp van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en ervaringsregels is niet ongebruikelijk, ook niet in het strafproces. Op de keper beschouwd is het onvermijdelijk. Zonder die hulp zou het bewijs van een bepaald voorval in veel gevallen niet te leveren zijn.¹⁰⁰ Een scherpe grens tussen het (bewust) gebruik maken van een bewijsvermoeden en het (bewust of onbewust) redeneren met behulp van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en ervaringsregels is niet te maken. In het algemeen zou men kunnen zeggen dat het vermoeden dient om bepaalde patronen, gebeurtenissen die zich in de praktijk veelvuldig voordoen, in de bewijsredenering te betrekken.¹⁰¹

In het navolgende concentreer ik mij op situaties waarin de rechter welbewust gebruik maakt, dan wel gebruik lijkt te willen maken, van een bewijsredenering die rust op een rechterlijk vermoeden. Ter toelichting een voorbeeld van de hier bedoelde toepassing van het rechterlijk vermoeden in de ontnemingsprocedure. Stel: in rechte staat vast dat de betrokkene een (in goede staat verkerende) autoradio verkocht heeft binnen een helerscircuit. Deze wijze van verkoop vormt het hulpfeit. Indien nu algemeen bekend is, of op een andere wijze kan worden vastgesteld, dat een goede autoradio in het helerscircuit doorgaans circa *f* 50 opbrengt, is de (voorhands aannemelijke) gevolgtrekking dat de betrokkene een voordeel heeft verkregen van *f* 50.

350. De achilleshiel van een bewijsredenering die rust op een rechterlijk vermoeden, is gelegen in de *gevolgtrekking* dat uit het vaststaan van feit A de aanwezigheid van feit C volgt. De gevolgtrekking is alleen valide indien de onderliggende redenering dat is.¹⁰² Kan nu, in het licht van de bovenstaande beschrijving van het gebruik van objectiveringen in de ontnemingsprocedure, worden gezegd dat in die gevallen een valide redenering is gehanteerd? Kan een rechter zich

99 Zie Asser 1992, nr. 9, 14-15, 19-20, Gras 1992, p. 655, Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 31, 35-36, Nieuwenhuis 1995, Gras 1997, p. 125-127, Giesen 1997a, p. 244-245, Visser 1997, p. 76-77, Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31-32, Giesen 1999a, p. 5-6, en Giesen 2001, p. 64-69. Vgl. ook Reijntjes 1980, p. 128, en Tophinke 2000, p. 170-172.

100 Zie onder andere Reijntjes 1980, p. 71, Nijboer 2000, p. 98-99, en Van Woensel in: Melai c.s. (losbl.), aant. 4 en 5 op art. 339 (suppl. 102). De 'theorie van verhaal en verankering' van Crombag, Van Koppen en Wagenaar biedt, niettegenstaande alle mogelijke kritiek op de concrete toepassing van deze theorie door de auteurs, een goed inzicht in de bewijsredenering die rechters (kunnen) hanteren. Zie Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1994, p. 58-77.

101 In de Duitse literatuur wordt *Anscheinsbeweis* (de bewijsredenering op basis van een vermoeden) wel beschreven als het toepassen van ervaringsregels ter zake van een 'sich häufig wiederholende typischen Geschehensablauf'. Zie Lüke 1999, Rn. 279, en ook Feigen 1998, p. 54. Dit komt ook tot uitdrukking in de civielrechtelijke leer van de *res ipsa loquitur* (de zaak spreekt voor zich). Zie daarover Giesen 1997a, en Giesen 2001, p. 69-73.

102 Zie Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 36, en met name ook Stadermann 1998, p. 10-11.

bijvoorbeeld zonder problemen verlaten op de verkoopprijs van een bepaald soort drugs zoals hij die kent uit andere zaken?

Een strafrechter kan, of het nu de hoofdzaak of de ontnemingsprocedure betreft, niet steeds zonder beperkingen gebruik maken van hetgeen hem uit eigen wetenschap bekend is. Alleen indien het feiten of omstandigheden van algemene bekendheid betreft, is bewijs van de eigen wetenschap niet nodig.¹⁰³ Feiten en omstandigheden mogen alleen van algemene bekendheid worden geacht indien het gegevens betreft die ieder normaal ontwikkeld mens kent of eenvoudig te weten kan komen.¹⁰⁴ Onder feiten en omstandigheden van algemene bekendheid kunnen ook ervaringsregels worden verstaan, mits die ervaringsregels maar algemeen bekend zijn.¹⁰⁵ Ontbreekt de algemene bekendheid, dan kan de rechter alleen gebruik maken van zijn eigen wetenschap indien die wetenschap steun vindt in de inhoud van een wettig bewijsmiddel (art. 339 lid 1, en 511f Sv). Deze inhoud moet ter zitting aan de orde worden gesteld en maakt deel uit van de bewijsmotivering.¹⁰⁶

351. De mogelijkheid om in het kader van een ontnemingsprocedure gebruik te maken van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid lijkt beperkt. Zo heeft de Hoge Raad in 1984 een uitspraak van het hof (in een gewone strafzaak) vernietigd omdat bij de bewijsmotivering was opgemerkt dat '(...) het Hof ambtshalve bekend [is], dat ten tijde als door de getuige bedoeld de prijs van amfetamine op de illegale markt varieerde van f 6000 tot f 8000 per kilogram.' De Hoge Raad oordeelt dat het hof in dit geval gebruik heeft gemaakt van een feit dat niet algemeen bekend is, terwijl het vaststaan van dat feit verder niet uit de inhoud van enig wettig bewijsmiddel blijkt.¹⁰⁷

Indien de prijs van een drug als amfetamine, die halverwege de jaren tachtig al geruime tijd in Nederland werd verhandeld, niet van algemene bekendheid mag worden geacht, werpt dat een zekere drempel op voor het gebruik van bewijsvermoedens in de ontnemingsprocedure. Het betekent bijvoorbeeld dat de rechter

103 Dit volgt uit art. 339 lid 2 Sv, dat ook van toepassing kan worden geacht in de ontnemingsprocedure. Zie nr. 329. Zie voorts Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 335-336.

104 Reijntjes 1980, p. 72, Fokkens 1984, p. 8-9, Van Woensel in: Melai c.s., aant. 5 op art. 339 (suppl. 102), Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 336, Corstens 1999, p. 619, en Nijboer 2000, p. 272-273. Zie voor een overzicht van voorbeelden van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid in de jurisprudentie Reijntjes 1980, p. 131-132, en Van Woensel in: Melai c.s. (losbl.), aant. 5 op art. 339 (suppl. 102).

105 Fokkens 1984, p. 10, Van Woensel in: Melai c.s. (losbl.), aant. 5 op art. 339 (suppl. 102), Corstens 1999, p. 619, en Nijboer 2000, p. 100, 273. Reijntjes 1980, p. 130, rekent de ervaringsregels niet tot de feiten en omstandigheden van algemene bekendheid, maar hij acht het gebruik daarvan wel toelaatbaar en zelfs onontbeerlijk. Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 336, is iets minder stellig: een ervaringsregel is datgene wat de algemene ervaring leert. Daarbij wordt opgemerkt dat er nauwelijks een grens is te trekken tussen feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels.

106 Vgl. Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 336.

107 HR 23 oktober 1984, NJ 1985, 233, m.nt. ThWvV.

in een ontnemingsprocedure waarin de betrokkene een handelaar in drugs is en hij niet bereid is informatie te verstrekken over de prijs van zijn handelswaar, geen gebruik kan maken van gegevens over prijzen van drugs zoals hij die uit andere zaken kent. Er kan dan geen gebruik worden gemaakt van een bewijsvermoeden, althans niet op basis van een feit van algemene bekendheid. In de lagere rechtspraak lijken er overigens minder strenge eisen te worden gesteld aan de algemene bekendheid van objectieve gegevens die bij de voordeelsberekening worden gehanteerd.¹⁰⁸

352. Voor zover de objectieve gegevens op grond waarvan een bewijsvermoeden wordt gehanteerd, niet kunnen worden aangemerkt als feiten en omstandigheden van algemene bekendheid, moet worden nagegaan of deze gegevens steun vinden in de inhoud van een wettig bewijsmiddel. Een extrapolatie van de resultaten van een observatie, zoals in het besproken geval van de shoarma-zaak, zou bijvoorbeeld mede kunnen plaatsvinden op grond van een (betrouwbare) verklaring van een werknemer dat er een vrij constante omzet werd behaald. In dat geval hanteert de rechter deze getuigenverklaring voor het bewijsvermoeden in plaats van een feit van algemene bekendheid.

Het is mogelijk dat er onder omstandigheden gegevens uit andere straf- en ontnemingszaken kunnen worden gebruikt. Een effect van de voordeelsontneming in de praktijk en de daaraan voorafgaande recherche is dat er relevante kennis van de financiële aspecten van criminaliteit wordt opgebouwd, onderhouden en uitgebreid. Deze kennis zou vervolgens door middel van nader onderzoek kunnen worden gecategoriseerd en gegeneraliseerd. Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden gekeken naar de prijzen van verdovende middelen in een bepaalde regio. Daarvoor kan onder meer gebruik worden gemaakt van bijvoorbeeld verklaringen van kopers of verkopers in een hoeveelheid ontnemingszaken.¹⁰⁹ Dergelijke gegevens zouden in een concrete ontnemingsprocedure kunnen worden gehanteerd, bijvoorbeeld doordat de bewerker van die informatie als deskundige in de procedure optreedt.¹¹⁰ Op die wijze kan de ontnemingspraktijk, binnen zekere grenzen, dienen als bron van objectieve gegevens die in een ontnemingsprocedure van pas kunnen komen.¹¹¹

108 Zie de rechtspraak genoemd in nr. 329 en verder noot 111.

109 De bestaande CD-ROM Jurisprudentie Ontnemingswetgeving (JOW) zou voor de samenstelling van een dergelijk informatiebestand een bron kunnen zijn. Daarnaast bestaan er, naar ik heb begrepen, in de opsporingspraktijk prijslijsten van verschillende soorten drugs.

110 Zie uitvoerig over het gebruik van deskundigenbewijs Hielkema 1996. Vgl. ook Nelen 2000, p. 102, die erop wijst dat in de ontnemingspraktijk nauwelijks gebruik wordt gemaakt van getuigedeskundigen. Ook in de Duitse literatuur wordt gewezen op de mogelijkheid van het gebruik van verklaringen van deskundigen. Zie Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73b, Rn. 6, en Müther 1999, p. 71.

111 Sommige rechters lijken dergelijke gegevens als feit van algemene bekendheid te beschouwen. Zie bijvoorbeeld Rb. Almelo 30 september 1996, JOW 1997, 11: 'Uit het rapport blijkt een inkoop prijs van f 40 tot f 50 per gram. Ambtshalve is de rechtbank bekend – uit andere strafzaken

Een belangrijke randvoorwaarde is uiteraard wel dat de rechter telkens kritisch nagaat of de betreffende objectieve gegevens aansluiten bij datgene wat wel bekend is over het concrete geval.

353. Het gebruik van bewijsvermoedens vergt dat het vaststellen van een feit uit een hulpfeit geschiedt aan de hand van bepaalde objectieve gegevens. Juist omdat de validiteit van deze gegevens de geldigheid van de gevolgtrekking bepaalt, is het van belang dat de toe te passen objectieve gegevens ter discussie worden gesteld in de procedure.¹¹² Dit kan *grosso modo* op twee manieren plaatsvinden. Allereerst kunnen objectieve gegevens worden verwerkt in de financiële rapportage die door het Openbaar Ministerie voorafgaande aan of ter zitting wordt overlegd. De betrokkene en zijn raadsman kunnen zich tegen de inhoud van dit rapport verweren. Vervolgens moet de rechter oordelen of de betreffende objectieve gegevens feiten van algemene bekendheid zijn dan wel steun vinden in een bewijsmiddel, en voorts of hij het hanteren van een bewijsvermoeden op grond van die gegevens in het concrete geval aanvaardbaar acht.

Het is daarnaast mogelijk dat de rechter ambtshalve op grond van bepaalde objectieve gegevens een vermoeden wil hanteren. In dat geval komen de objectieve gegevens, niet zonder meer ter sprake op de zitting. Het is van belang dat de rechter daar zelf zorg voor draagt. Juist omdat het oordeel van de rechter is gebaseerd op een bewijsvermoeden, is het van groot belang dat de partijen, en in het bijzonder de betrokkene, de mogelijkheid hebben zich uit te laten over de gevolgtrekking die de rechter in het concrete geval wil verbinden aan het vaststaan van bepaalde (hulp)feiten.

Er doet zich in het tweede geval wel een complicatie voor. De rechter is in de hoofdzaak gebonden aan het voorschrift dat hij ter zitting geen blijk geeft van 'enige overtuiging omtrent schuld of onschuld' (art. 271 lid 2 Sv). Dit voorschrift, dat ook geldt in de ontnemingsprocedure (art. 511d lid 1 Sv),¹¹³ beoogt te voorkomen dat de rechter ter zitting een (waarneembare) vooringenomen houding

en ontnemingsvorderingen – dat die inkooprijzen overeenkomen met de objectieve werkelijkheid.' Zie ook Rb. Breda 30 september 1996, JOW 1997, 95, en Rb. Middelburg 11 augustus 1999, JOW 1999, 59.

112 Vgl. in relatie tot het fiscale recht Feteris 1999, p. 219.

113 Zie ook Van der Landen & Simmelink 1997, p. 164. Men zou kunnen aanvoeren dat in de ontnemingsprocedure de vraag naar 'schuld of onschuld' niet aan de orde is. De rechter oordeelt immers alleen over de oplegging van een ontnemingsmaatregel. Deze tegenwerping moet worden verworpen. Allereerst moet de rechter oordelen of bepaalde feiten zich hebben voorgedaan (tweede en derde variant). In die zin oordeelt de rechter over schuld in de zin van 'het gedaan hebben'. Een meer principieel bezwaar is dat art. 271 lid 2 Sv naar mijn mening in ruimere zin moet worden opgevat, te weten als instructienorm aan de rechter dat hij geen vooringenomenheid mag tonen omtrent die feiten en omstandigheden die relevant zijn voor de door hem te nemen beslissing.

inneemt omtrent datgene wat de betrokkene wordt verweten.¹¹⁴ Men kan zich voorstellen dat indien de betrokkene ontkent een feit te hebben begaan of daaruit voordeel te hebben verkregen, of hij zich anderszins distantieert van beweringen van het Openbaar Ministerie over door hem verkregen voordeel, door het expliciet noemen van objectieve gegevens die de rechter van belang acht voor zijn bewijsredenering, de rechter in strijd met dit voorschrift handelt.¹¹⁵ Een oplossing voor deze complicatie ligt binnen het huidige systeem niet direct voor het oprapen.¹¹⁶ Het verdient in elk geval aanbeveling dat het Openbaar Ministerie er zorg voor draagt dat de financiële rapportage op heldere wijze de objectieve gegevens die voor het bewijs van belang kunnen zijn, aandraagt. Dit voorkomt dat de rechter zich genoodzaakt ziet dergelijke gegevens zelf te berde te brengen.

354. Het gebruik van bewijsvermoedens is van bijzonder belang voor het in art. 36e Sr besloten liggende voordeelsbegrip. Het is naar mijn mening juist mogelijk een subjectieve waarderingsmethode te hanteren, omdat het in art. 36e Sr besloten bewijsrecht het tot op zekere hoogte mogelijk maakt met rechterlijke vermoedens te werken. Hiermee vervalt de noodzaak het voordeelsbegrip zelf te objectiveren.¹¹⁷

Tegen dit standpunt zou men kunnen inbrengen dat het lood om oud ijzer is: of nu het voordeelsbegrip zelf wordt geobjectiveerd, of dat een zekere objectivering uit de koker van het bewijsrecht komt, het maakt in wezen geen verschil. Dat is echter niet het geval. Voor zover er een bewijsrechtelijke objectivering plaats vindt, is dit enkel omdat er geen zicht kan worden verkregen op de concrete omstandigheden van het geval. Alleen in dat geval mag de rechter behoedzaam gebruik maken van objectieve gegevens. Deze gegevens moeten wel zo goed mogelijk aansluiten bij hetgeen wel bekend is over het concrete geval. Een geobjectiveerde waarderingsmethode is daarentegen een heel wat botter mes. Toepassing van deze methode betekent dat in ieder geval een objectivering wordt toegepast, ongeacht of de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval aantoonbaar een afwijkend voordeel heeft verkregen.

114 Zie in het algemeen over art. 271 lid 2 Sv H.L.C. Hermans 1997, p. 10-15, die tevens wijst op de relatie van dit voorschrift met de verklaringsvrijheid van de verdachte. Van Woensel in: Melai c.s. (losbl.), aant. 5 op art. 339 (suppl. 102), wijst er met betrekking tot de 'gewone' feiten en omstandigheden van algemene bekendheid op dat de rechter niet verplicht, maar wel bevoegd is om deze ter zitting te noemen. Deze bevoegdheid vindt zijn grens in art. 302 Sv.

115 Voor zover het objectieve gegeven zijn grondslag vindt in een bewijsmiddel, kan de rechter uiteraard dit bewijsmiddel ter sprake brengen. Het probleem schuilt erin dat de rechter eigenlijk ook moet aangeven dat hij voornemens is dit gegeven als onderdeel van een bewijsvermoeden te hanteren.

116 In het civiele proces komt het gebruik van rechterlijke vermoedens veelal tot uiting in een tussenvonnis (interlocutoir). De rechter brengt daarin tot uiting hetgeen hij voorhands aannemelijk acht en stelt de wederpartij daarbij in de gelegenheid tegenbewijs aan te dragen. Zie de in noot 99 genoemde literatuur. Voor de ontnemingsprocedure zou een dergelijk tussenvonnis ook denkbaar zijn. Zie nr. 401 en 409.

117 Zie nader nr. 264.

Het gebruik van bewijsvermoedens hoeft overigens niet altijd ongunstig voor de betrokkene te zijn. Stel: het Openbaar Ministerie voert aan dat de betrokkene uit een aantal drugstransacties voordeel heeft verkregen. De betrokkene doet er in de ontnemingsprocedure het zwijgen toe. Op grond van de voorliggende bewijsmiddelen acht de rechter het aannemelijk dat de betrokkene een aantal maal drugs heeft verkocht. Ook blijkt uit de bewijsmiddelen welke (bruto-)opbrengst de betrokkene daardoor heeft verkregen, maar niet welke kosten met die transacties gemoeid waren. Het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel brengt met zich mee dat alleen het (netto-)voordeel kan worden ontnomen (zie nr. 277). De rechter is in een dergelijk geval verplicht aan de hand van objectieve gegevens deze kosten zo nauwkeurig mogelijk vast te stellen en in aftrek te brengen op de opbrengst.

2.7 *Tot slot*

355. Uit de beschrijving van het bewijsrecht zoals dat geldt bij de toepassing van art. 36e lid 2 Sr, blijkt dat het criterium van de 'voldoende aanwijzingen' en het (gedeeltelijk) buiten werking stellen van het bewijsregime van art. 338-344a Sv relatief geringe consequenties hebben. Zo moet, althans naar mijn mening, in de ontnemingsprocedure voor het doen van feitelijke vaststelling een mate van zekerheid worden verlangd die niet (wezenlijk) verschilt van het overtuigingscriterium van art. 338 Sv. Het belangrijkste verschil tussen de ontnemingsprocedure en de hoofdzaak is dat de voorschriften met betrekking tot de bewijsminima niet van toepassing zijn. Dit leidt echter niet tot een structureel ander bewijsregime.

Uit de rechtspraak blijkt dat de verlichting van het bewijs van de verkrijging en de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel in de praktijk hoofdzakelijk wordt gezocht in het gebruik van objectieve gegevens. Deze gegevens vormen de basis voor een door de rechter te hanteren bewijsvermoeden. Het hanteren van bewijsvermoedens is niet exclusief voorbehouden aan de rechter in de ontnemingsprocedure, maar het betreft een algemene wijze van redeneren door een rechter die ook in gewone strafzaken denkbaar is.¹¹⁸ Dit leidt tot de opmerkelijke constatering dat deze verlichting ook zou kunnen worden gehanteerd indien de wetgever bijzondere bewijsvoorschriften met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr achterwege had gelaten.

118 Zie voor een voorbeeld nr. 380.

3 Het bewijsrecht bij toepassing van art. 36e lid 3 Sr

3.1 Inleiding

356. Op grond van het derde lid van art. 36e Sr moet het aannemelijk zijn dat ook andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de betrokkene voordeel heeft verkregen. De term 'aannemelijk' duidt op een verlichting van de maatstaf voor bewijswaardering bij de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Die verkrijging is niet nader gespecificeerd, want art. 36e lid 3 Sr richt zich tevens op 'enigerlei andere wederrechtelijke verrijking' dan de verkrijging uit het begaan van een concreet strafbaar feit.¹¹⁹ Dit levert, in vergelijking met art. 36e lid 2 Sr, op zichzelf al een bewijsverlichting op:

Er behoeft (...) geen rechtstreekse relatie te worden aangetoond tussen al het voor ontneming in aanmerking te brengen wederrechtelijk verkregen voordeel en het feit – of eventueel soortgelijke feiten – waarvoor de betrokkene is vervolgd en veroordeeld.¹²⁰

Deze benadering houdt rechtstreeks verband met de politieke doelstelling van art. 36e lid 3 Sr, te weten: het ontnemen van voordeel dat is verkregen uit een strafrechtelijke loopbaan.¹²¹ De minister spreekt dan ook over ontneming van voordeel dat is voortgekomen uit strafbare feiten 'in de onbepaalde meervoudsvorm'.¹²² De enige vraag die aan de hand van het aannemelijkheids criterium moet worden beantwoord, is in hoeverre de aangetroffen vermogensbestanddelen *in abstracto* zijn te relateren aan de misdadige activiteiten of de betrokkenheid daarbij.¹²³

In deze paragraaf ga ik allereerst nader in op hetgeen in de wetsgeschiedenis naar voren komt omtrent de vaststellingen die de rechter in het kader van art. 36e lid 3 Sr doet. Vervolgens beschrijf en analyseer ik de toepassing van art. 36e lid 3 Sr in de ontnemingspraktijk.

3.2 De visie van de minister

357. De minister ziet in het kader van art. 36e lid 3 Sr twee bewijsmomenten. Ten eerste, de vaststelling '(...) dat er sprake is van voordeel waarvan aannemelijk is dat daar op enigerlei wijze een wederrechtelijke vorm van verkrijging aan ten

119 Memorie van Toelichting, p. 13.

120 Memorie van Toelichting, p. 13.

121 Zie uitgebreid nr. 150-151.

122 Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5423.

123 Zie met name Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 6, en voorts nr. 151.

grondslag ligt.' Ten tweede, de bepaling of schatting van de omvang van dat voordeel.¹²⁴ De onderlinge verhouding tussen deze bewijsmomenten is niet geheel duidelijk. Het eerste bewijsmoment veronderstelt immers het bestaan van een bepaald vermogen dat kan worden gerelateerd aan een wederrechtelijke vorm van verkrijging en dus als wederrechtelijk verkregen voordeel heeft te gelden. Het tweede bewijsmoment is gericht op de omvang van dat reeds geconstateerde voordeel, en lijkt in die zin een overbodige vaststelling. Het eerste bewijsmoment heeft immers betrekking op een vermogen van een bepaalde omvang. Het kan in elk geval niet meer omvatten dan een nadere precisering van de omvang van het voordeel.

In het vervolg van de wetsgeschiedenis komt de samenval van deze bewijsmomenten ook tot uiting. De algemene teneur van de beschrijving van het bewijsrecht is dat het Openbaar Ministerie mag volstaan met het bewijs van de aannemelijkheid dat bepaalde vermogensbestanddelen *in abstracto* zijn te relateren aan een patroon van criminele betrokkenheid, terwijl het aan de betrokkene is om meer gedetailleerde informatie te verstrekken over de eventuele rechtmatigheid van de verkrijging van (delen van) dat vermogen. Deze benadering, waarin vermogen aan een bepaald gedragspatroon wordt gekoppeld, wijkt af van die van het tweede lid van art. 36e Sr. Daaraan ligt namelijk het principe ten grondslag dat na vaststelling van het begaan zijn van één of meer strafbare feiten wordt berekend welk voordeel uit die feiten is voortgevloeid.¹²⁵

358. Het bewijsregime van art. 36e lid 3 Sr is hoofdzakelijk gebaseerd op de visie van de minister op, wat hij noemt, een redelijke verdeling van de bewijslast. Hij beschrijft deze verdeling als volgt.¹²⁶ De minister wijst erop dat de zojuist genoemde bewijsmomenten, anders dan het bewijs van het ten laste gelegde feit, niet zijn onderworpen aan de bestaande voorschriften met betrekking tot de toegelaten bewijsmiddelen, de bewijskracht van die bewijsmiddelen en de bewijsvoering. Op zichzelf is dat geen uniek gegeven. Ook in andere procedures, zoals schade- en beklagprocedures, is de rechter niet aan enig bewijsvoorschrift gebonden. De rechter blijkt goed te kunnen omgaan met deze vrijheid. Zonder nadere onderbouwing stelt de minister vervolgens:

124 Memorie van Toelichting, p. 13. Vgl. ook Memorie van Toelichting, p. 58.

125 Zie ook Keulen 1999, p. 84.

126 Zie voor het navolgende Memorie van Toelichting, p. 13-15. Deze wijze waarop de minister spreekt over de bewijslastverdeling strookt niet met de wijze waarop in het civiele recht de bewijslastverdeling (inhoudelijk en terminologisch) wordt benaderd (zie nader nr. 371-374). Bij de beschrijving van de wetsgeschiedenis in deze paragraaf houd ik, teneinde onnodige verwarring te voorkomen, vast aan de terminologie zoals die in de parlementaire stukken wordt gehanteerd.

In de praktijk komt dit neer op een analoge toepassing van de in het civiele recht gebruikelijke regels omtrent de bewijskracht van bewijsmiddelen en de bewijslastverdeling: er zijn in beginsel geen beperkingen aan de kracht van bewijsmiddelen (ook op grond van een enkele getuigenverklaring kan bewijs geacht te zijn geleverd) en de bewijslast van een stelling berust in beginsel bij degene die deze poneert, zij het dat overwegingen van redelijkheid en billijkheid tot een omkering van de bewijslast kunnen nopen.¹²⁷

De minister vervolgt zijn betoog met de overweging dat de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel, de vaststelling van de wederrechtelijke herkomst en de schatting van de omvang van het voordeel toch niet 'geheel ongeschreven' mag worden gelaten.¹²⁸ Daarom verklaart de ontnemingswetgeving de voorschriften inzake de bewijsvoering van overeenkomstige toepassing, met daaraan toegevoegd de bepaling dat de betrokkene ook in de ontnemingsprocedure niet tot antwoorden verplicht is (art. 29 lid 3 Sv). Daarnaast is de schatting aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen gebonden (art. 51 lf Sv), maar – in de lijn van het zojuist geciteerde – niet aan de voorschriften met betrekking tot de bewijsminima.

De volgende overweging van de minister luidt, in strijd met het voorafgaande, dat de vaststelling van de wederrechtelijke herkomst niet aan enig wettelijk voorschrift wordt gebonden. Daardoor ontstaat in de visie van de minister een welhaast vanzelfsprekende mogelijkheid tot bewijslastverdeling:

Hij [de rechter; MJB] kan daarbij, zoals in civiele procedures, zich op bepaalde vermoedens verlaten. Het bewijscriterium is hier de aannemelijkheid. Op het openbaar ministerie zal in eerste aanleg de last rusten de argumenten aan te dragen waarop een dergelijke aannemelijkheid [van de wederrechtelijke herkomst; MJB] kan worden gestoeld. Of het daar in slaagt is aan het oordeel van de rechter. Deze kan daarbij voor een afweging komen te staan die, op vergelijkbare wijze als in het civiele recht, kan nopen tot een verdere bewijslastverdeling op basis van redelijkheid en billijkheid. Als het openbaar ministerie er in slaagt op bepaalde punten de schijn tegen de veroordeelde te wekken, dan kan de rechter hem de bewijslast tot disculpatie op die punten opleggen.¹²⁹

In het laatste citaat schuilt overigens een subtiel verschil met het daaraan voorafgaande citaat: de minister spreekt niet meer van een 'omkering van de bewijslast', maar van een 'verdere bewijslastverdeling'. In de rest van de parlementaire stukken blijft de minister spreken van een bewijslastverdeling.

127 Memorie van Toelichting, p. 14.

128 Vgl. ook Memorie van Antwoord, p. 17.

129 Memorie van Toelichting, p. 15.

De redenering van de minister is niet bijster helder. De minister presenteert met grote stelligheid een bewijsregime dat in een aantal nevenprocedures zou gelden.¹³⁰ Wie echter op zoek gaat naar de concrete invulling van het vrije bewijsstelsel in die procedures, vindt daaromtrent weinig en in elk geval geen expliciete erkenning van een mogelijkheid tot bewijslastverdeling. Daarnaast suggereert hij dat de door hem voorgestane bewijslastverdeling logisch voortvloeit uit het niet van toepassing zijn van de gebruikelijke strafrechtelijke bewijsvoorschriften (art. 338-344a Sv). Die voorschriften zijn echter ook niet van toepassing met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr, terwijl de minister in die context weer niet een mogelijkheid van bewijslastverdeling ziet.¹³¹

359. Een ander bezwaar tegen de argumentatie van de minister is dat hij niet duidelijk maakt wat de mogelijkheid van bewijslastverdeling in zijn ogen precies inhoudt. Aan de hand van een aantal passages uit de wetsgeschiedenis kan dat wel worden geconstrueerd.

De minister omschrijft het bewijsthema als volgt:

(...) niet noodzakelijk is, dat ten aanzien van elk afzonderlijk feit wordt aangetoond welke bijdrage dat aan het verkregen vermogen (...) heeft geleverd, wel aannemelijk moet worden gemaakt dat het vermogen na de feiten is toegenomen en dat de feiten, naar de ervaring leert, geschikt zijn om aanwijsbare vermogensvermeerdering te veroorzaken.¹³²

Op twee plaatsen geeft de minister nader aan wat ten minste moet komen vast te staan voor oplegging van een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr. Hij merkt allereerst op:

Zo zou de rechter de aannemelijkheid dat op enigerlei wijze wederrechtelijk voordeel is verkregen kunnen gronden op de door het openbaar ministerie bewezen stelling, dat de veroordeelde over aanzienlijke vermogensbestanddelen beschikt die in redelijkheid niet geacht kunnen worden uit de legale inkomsten van de veroordeelde verworven te zijn, terwijl deze niet aannemelijk kan maken dat hij zich legitiem heeft verrijkt.¹³³

130 De minister laat daarbij wijselijk in het midden in hoeverre de door hem genoemde procedures relevante overeenkomsten vertonen met de ontnemingsprocedure.

131 Memorie van Toelichting, p. 58.

132 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 6. Zie ook Nader Rapport, p. 18, Vijfde Nota van Wijzigingen, p. 1, en Memorie van Antwoord I, p. 5.

133 Memorie van Toelichting, p. 15.

Een voorbeeld van een dergelijk vermogensbestanddeel, is het bezit van een hele dure auto, terwijl de betrokkene een uitkering ontvangt.¹³⁴

Naar aanleiding van een casus die de D66-fractie hem voorlegt,¹³⁵ merkt de minister nog het volgende op:

Het zou in de casus ook mogelijk zijn, dat de opbrengsten van de verschillende bekend geworden feiten wel voldoende bekend zijn, maar tezamen met de legale inkomsten niet het totale bedrag van het vermogen van de veroordeelde belopen. De vraag is dan of de vordering tot ontneming ook op het onverklaarbaar aanwezige gedeelte van het vermogen betrekking mag hebben. Dat is naar mijn oordeel wel het geval. Als vaststaand kan immers worden aangenomen, dat de veroordeelde zich in de periode waarover het onderzoek zich uitstrekt, heeft bezig gehouden met uiteenlopende vormen van crimineel gedrag. Geenszins uitgesloten daarbij is, dat hij nog andere lucratieve feiten heeft begaan. Dit gevoegd bij het feit, dat geen redelijke verklaring voorhanden is die de rechtmatige verwerving van het vermogen doet veronderstellen, rechtvaardigt de vordering tot ontneming als wederrechtelijk voordeel.¹³⁶

De minister benadrukt vervolgens dat de rechter in het concrete geval uiteraard ook zelf tot het oordeel moet komen dat zulks aannemelijk is.

De citaten geven duidelijk aan dat, in de visie van de minister, in de ontnemingsprocedure de vraag centraal staat of de aangetroffen vermogensbestanddelen *in abstracto* zijn toe te rekenen aan de misdadige activiteiten of de betrokkenheid daarbij, zonder dat er een relatie tussen individuele feiten en het daaruit verkregen voordeel hoeft te worden gelegd. Dit onderzoek richt zich hoofdzakelijk op het al dan niet kunnen aanwijzen van een legale bron van het vermogen.¹³⁷

360. Gesteld dat de rechter het bewijs van de aannemelijkheid van de wederrechtelijke herkomst in beginsel aanwezig acht, kan hij de betrokkene 'de bewijslast tot disculpatie' opdragen (zie nr. 358). Dat betekent dat de betrokkene in de gelegenheid wordt gesteld om ontlastend materiaal, duidend op een legale bron van het betreffende vermogen, aan te dragen.¹³⁸ Het uitblijven van een verweer of het voeren van '(...) onverifieerbare of volstrekt ongeloofwaardige verweren

134 Memorie van Antwoord I, p. 4.

135 Zie Eindverslag, p. 4.

136 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 6-7.

137 Zo moet uit de resultaten van een SFO tenminste blijken dat '(...) geen rechtmatige herkomst voor de omvang van het vermogen van de veroordeelde is kunnen worden vastgesteld.' Zie Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 9.

138 Memorie van Toelichting, p. 15. Zie ook Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5202.

(...)’ leidt niet tot disculpatie.¹³⁹ De rechter mag van de betrokkene verlangen dat hij zijn verweer nader onderbouwt.¹⁴⁰

Op verschillende momenten tijdens de parlementaire behandeling van de ontnemingswetgeving gaat de minister nader in op de wijze waarop ‘de bewijslast tot disculpatie’ in de procedure nader vorm kan krijgen. Daaruit blijkt het volgende stramien.¹⁴¹ Allereerst draagt het Openbaar Ministerie materiaal aan op grond waarvan zou blijken dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. De rechter beoordeelt vervolgens of hetgeen het Openbaar Ministerie aanvoert, (voorlopig) leidt tot de aannemelijkheid van die verkrijging.¹⁴² Oordeelt de rechter positief, dan stelt hij de betrokkene in de gelegenheid de stellingen van het Openbaar Ministerie gemotiveerd te betwisten door het aanwijzen van een legale bron. Op basis van zowel de stellingen van het Openbaar Ministerie als het verweer van de betrokkene oordeelt de rechter (definitief) of, en zo ja: in hoeverre, het aannemelijk is dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel van een bepaalde omvang heeft verkregen.

361. In het parlementaire debat komt de vraag of art. 36e lid 3 Sr een bewijslastverdeling dan wel een bewijslastomkering behelst, veelvuldig aan de orde. Ten dele is dit debat verbonden aan de wijzigingsvoorstellen omtrent de tekst van art. 36e lid 3 Sr, zoals in nr. 151 is beschreven. Het debat laat zich niet eenvoudig samenvatten. Dit is niet alleen het gevolg van genoemde wijzigingsvoorstellen, maar hangt voornamelijk samen met het feit dat aan de beide begrippen – bewijslastverdeling en bewijslastomkering – geen eenduidige betekenis wordt toegekend. Zo lijkt de D66-fractie de verwachting die ten opzichte van de betrokkene bestaat om de legale oorsprong van zijn vermogen aan te tonen, aan te duiden als omkering van de bewijslast,¹⁴³ terwijl de minister juist van een verdeling wenst te spreken, omdat deze verwachting pas ontstaat indien het Openbaar Ministerie de verkrijging van wederrechtelijk voordeel aannemelijk heeft gemaakt.¹⁴⁴ Daar komt bij dat de minister een bewijslastverdeling op het oog heeft en geen omkering van de bewijslast, omdat de eerste niet in strijd zou zijn met

139 Memorie van Toelichting, p. 58.

140 Memorie van Antwoord, p. 17, 37.

141 Zie met name Memorie van Toelichting, p. 15, Memorie van Antwoord, p. 14-15, 17-18, en Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5201, 5202.

142 In de Memorie van Toelichting, p. 58, wekt de minister overigens de indruk dat de (voorlopige) aannemelijkheid van de stellingen van het Openbaar Ministerie kan blijken uit het achterwege blijven van een verweer of het voeren van een onverifieerbaar of ongeloofwaardig verweer. Ik beschouw dit als een ongelukkige formulering, nu de betreffende passage niet aansluit bij de overige uitlatingen van de minister.

143 Zie met name Eindverslag, p. 4.

144 Zie onder andere Memorie van Antwoord, p. 17, 37.

de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM.¹⁴⁵ Al met al heeft het debat tot op zekere hoogte een 'welles-nietes'-karakter gekregen.¹⁴⁶ Ik volsta daarom met de weergave van enkele elementen uit het debat die van belang zijn voor een nadere analyse van de bewijsrechtelijke aspecten van art. 36e lid 3 Sr.

De minister benadrukt dat de betrokkene niet wordt gedwongen om mee te werken aan de bewijsvoering. Het Openbaar Ministerie is immers verplicht de aannemelijkheid van de verkrijging van wederrechtelijk voordeel te onderbouwen en kan derhalve niet volstaan met de enkele stelling dat de betrokkene dat voordeel heeft verkregen.¹⁴⁷ Met betrekking tot het onverklaarbaar aanwezig vermogen (zie nr. 359) merkt de minister op dat het de betrokkene vrij staat om zwijgend af te wachten in hoeverre de rechter bereid is om dat vermogen in de ontnemingsmaatregel te betrekken.¹⁴⁸ Dat de rechter onder omstandigheden van de betrokkene verwacht dat hij zijn verweer nader onderbouwt, is volgens de minister niet uitzonderlijk. Een dergelijke verwachting bestaat ook in het geval de verdachte in een gewone strafzaak een beroep doet op een exceptie.¹⁴⁹

Tijdens het debat met de Tweede Kamer laat de minister blijken de betrokkene zijn vrijheid te gunnen om al dan niet mee te werken, maar niet tegen elke prijs. Zo komt in het debat de vraag aan de orde in hoeverre de uitleg die de minister geeft aan art. 36e lid 3 Sr het gevaar van een dubbele ontneming in zich bergt. Immers, omdat niet elk afzonderlijk strafbaar feit hoeft komen vast te staan, bestaat het risico dat voordeel dat uit een bepaald feit is verkregen, twee maal in een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr wordt betrokken indien de betrokkene twee maal na elkaar in een ontnemingsprocedure wordt geconfronteerd. Voor deze situatie heeft de minister voorzien door middel van art. 36e lid 7 Sr, op grond waarvan de rechter bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel rekening moet houden met eerder opgelegde ontnemingsmaatregelen.¹⁵⁰ De minister is zich bewust van het gevaar van een dubbele ontneming,¹⁵¹ maar dat maakt de voorgestelde regeling nog niet van onwaarde. Het is naar zijn mening aan de betrokkene om in een dergelijk geval openheid van zaken te geven:

Dit (een dubbele ontneming; MJB) kan voorkomen wanneer in zo'n situatie degene tegen wie het strafrechtelijk financieel onderzoek loopt, niet het aandeel

145 Memorie van Toelichting, p. 63. Zie ook Memorie van Antwoord, p. 37, waar de minister stelt dat de mogelijkheid van een omkering van de bewijslast zoals art. 5 lid 7 van het Weense verdrag die biedt (zie nr. 17), niet is overgenomen.

146 Keyser-Ringnalda 1994, p. 346.

147 Memorie van Toelichting, p. 57, 63, en Memorie van Antwoord, p. 17, 37.

148 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 7.

149 Memorie van Antwoord, p. 2, en Handelingen TK 4 juni 1992, p. 86-5201.

150 Zie Memorie van Toelichting, p. 68. Zie over art. 36e lid 7 Sr ook nr. 162 en 456-457.

151 Zie expliciet Memorie van Antwoord I, p. 11-12.

in de procesvoering levert dat van de betrokkene in redelijkheid kan worden verwacht.¹⁵²

Het zwijgend afwachten van de betrokkene op het oordeel van de rechter is daarmee niet zonder gevaar. De minister acht dit toelaatbaar omdat een strengere regeling van het bewijs ertoe zou leiden dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel op grond van art. 36e lid 3 Sr praktisch niet haalbaar zou zijn.¹⁵³

3.3 *Toepassing van art. 36e lid 3 Sr in de ontnemingspraktijk*

362. Er zijn weinig voorbeelden voorhanden van de toepassing van art. 36e lid 3 Sr in de praktijk. Ik heb drie uitspraken kunnen vinden waarin een ontnemingsmaatregel op grond van art. 36e lid 3 Sr is opgelegd.¹⁵⁴ Dit strookt met de bevindingen van het evaluatie-onderzoek van de ontnemingswetgeving door het WODC. Het betreffende rapport meldt dat van de in 1996 ingeschreven ontnemingszaken in slechts 2% de vordering op art. 36e lid 3 Sr werd gebaseerd.¹⁵⁵ In hoeverre er in die zaken daadwerkelijk een ontnemingsmaatregel op grond van art. 36e lid 3 Sr is opgelegd, wordt niet vermeld. Er worden twee redenen gegeven voor dit lage percentage. Ten eerste, in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de ontnemingswetgeving hadden nog veel zaken betrekking op feiten die voor 1 maart 1993 waren begaan. Art. 36e lid 3 Sr mag geen betrekking hebben op die zaken.¹⁵⁶ Ten tweede, het Openbaar Ministerie heeft zich terughoudend opgesteld in het aanhangig maken van vorderingen op grond van art. 36e lid 3 Sr, hetgeen mede is ingegeven door de gereserveerde opstelling van de rechterlijke macht ten opzichte van de ontnemingswetgeving.¹⁵⁷

363. Niettegenstaande de terughoudende opstelling van het Openbaar Ministerie is in de verschillende versies van de Ontnemingsrichtlijn een nadere uitwerking gegeven aan de voordeelsberekening op grond van art. 36e lid 3 Sr:

Het wederrechtelijk verkregen voordeel is gelijk aan het aangetoonde vermogen vermeerderd met alle in de onderzochte periode gedane uitgaven en investe-

152 Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5226.

153 Zie Handelingen EK 8 december 1992, p. 352, 354.

154 Rb. Den Bosch 8 november 1994, JOW 1996, 80, Rb. Haarlem 29 januari 1998, JOW 1999, 27, en Rb. Middelburg 15 juli 1998, JOW 1999, 9.

155 Nelen & Sabee 1998, p. 177. Vgl. ook Nelen, Kouwenberg & Aidala 1994, p. 37, en Nelen & Sabee 1996, p. 65.

156 Memorie van Antwoord, p. 14. Zie echter ook Kooijmans 2000a, p. 131-133.

157 Nelen & Sabee 1998, p. 177.

ringen, voorzover deze niet al in het aangetoonde vermogen zijn begrepen en verminderd met hetgeen daarvan uit legale bron kan worden verantwoord.¹⁵⁸

De berekeningsmethode kan, mede gelet op het in de Richtlijn strafvordering bij ontneming gegeven voorbeeld van de toepassing ervan, worden aangeduid als een *vermogensvergelijking*.¹⁵⁹ Een dergelijke berekeningsmethode is een overwegend bewijsrechtelijke benadering van de voordeelsberekening.¹⁶⁰ Uitgangspunt is, in de lijn van de parlementaire overwegingen, dat niet precies kan worden berekend welke wederrechtelijke voordelen de betrokkene heeft verkregen. Daarom wordt volstaan met de – kennelijk eenvoudiger – vaststelling van twee andere factoren, te weten: de totale vermogensvermeerdering en het aandeel van legaal verkregen vermogenscomponenten daarin. De vaststelling hiervan is gebonden aan het tijdvak waarin het vermogen van de betrokkene door de verkrijging van wederrechtelijk voordeel is vermeerderd. De vermogensvermeerdering wordt in eerste instantie vastgesteld door de omvang van het vermogen (geld en bezittingen) op twee tijdstippen – het beginpunt en het eindpunt – te bepalen. Aan het saldo wordt vervolgens toegevoegd het bedrag van de gedane uitgaven (waaronder ook investeringen). Deze toevoeging is noodzakelijk omdat het zojuist genoemde saldo alleen het toegenomen vermogen aangeeft voor zover dat nog aanwezig is bij de betrokkene. Door de uitgaven erbij te betrekken, wordt er ook acht geslagen op uitgegeven en daarom niet meer aanwezig vermogen.¹⁶¹ Is de totale vermogensvermeerdering vastgesteld, dan wordt daarop het bedrag van de legale inkomsten in mindering gebracht. Het resterende bedrag is niet te relateren aan legale geldstromen en wordt geacht wederrechtelijk verkregen te zijn. Hiermee zijn de passages in de parlementaire stukken waarin de minister spreekt over vermogen dat in redelijkheid niet kan worden geacht uit legale inkomsten afkomstig te zijn en over onverklaarbaar aanwezig vermogen (zie nr. 359), in een model gevangen. Het is aan de betrokkene om voor de betreffende vermogenscomponenten een legale bron aan te wijzen.

Een variant op de vermogensvergelijking is de *kasopstelling*, een methode die men in de jurisprudentie een enkele keer tegenkomt.¹⁶² Deze methode behelst het volgende.¹⁶³ Allereerst wordt de omvang van alle liquide middelen van de

158 Zie laatstelijk Richtlijn voor strafvordering bij ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, par. 1.2.

159 Zie voorbeeld 6 van de Richtlijn strafvordering bij ontneming. G.P. Vermeulen, werkzaam als forensisch accountant bij het BOOM, heeft in de literatuur deze en aanverwante berekeningsmethodes nader uiteengezet. Zie Vermeulen 1999, p. 93-98, 114-118.

160 Vgl. Vermeulen 1999, p. 117.

161 Er bestaat een risico voor dubbeltellingen. Indien er een uitgave is gedaan aan een (duurzaam) object dat de betrokkene onder zich houdt, kan dit object eventueel worden meegenomen in de eerste stap, de vaststelling van het vermogen op het eindpunt.

162 Zie Rb. Den Bosch 8 november 1994, JOW 1996, 80, en Rb. Haarlem 29 januari 1998, JOW 1999, 27.

163 Zie Vermeulen 1999, p. 116.

betrokkene op het beginpunt vastgesteld. Dit wordt vermeerderd met de legale inkomsten van de betrokkene in het betreffende tijdvak. Indien men van dit totale bedrag de gedane uitgaven aftrekt, houdt men het bedrag over dat de betrokkene op het eindpunt aan liquide middelen zou hebben indien hij geen illegaal vermogen zou hebben ontvangen. Voor zover het geconstateerde eindbedrag hoger is dan het berekende bedrag, wordt dit surplus geacht te bestaan uit wederrechtelijk verkregen voordeel. De kasopstelling berust op hetzelfde principe als de vermogensvergelijking. Beide methoden trachten bloot te leggen in hoeverre de betrokkene over meer vermogen beschikt en heeft beschikt, dan aan de hand van zijn legale inkomsten redelijkerwijs verklaarbaar is.¹⁶⁴

De vermogensvergelijking en de kasopstelling hebben in bewijsrechtelijk opzicht een tweeledige functie. Uit de door het Openbaar Ministerie voorgestane berekening volgt niet alleen de aannemelijkheid van de wederrechtelijkheid van het voordeel, maar tevens de omvang van dat voordeel. Dit sluit aan bij de wetsgeschiedenis. In de constructie van art. 36e lid 3 Sr laten de omvang en de verkrijging van het voordeel zich immers niet goed scheiden (zie nr. 357).

364. De uitwerking van de voordeelsberekening bij toepassing van art. 36e lid 3 Sr in de Ontnemingsrichtlijn tracht, in navolging van de wetgever, bewijsproblemen zo veel mogelijk te elimineren. Maar ook de vermogensvergelijking en de kasopstelling bergen een belangrijk bewijsprobleem in zich. In de praktijk is het veelal lastig om alle gedane uitgaven in kaart te brengen. Slaagt men daar niet in, dan is de consequentie dat het bedrag van het vermoedelijk verkregen wederrechtelijk voordeel daardoor lager wordt.¹⁶⁵ Een tekort aan informatie leidt er zodoende toe dat de vermogensvergelijking en de kasopstelling geen adequaat resultaat geven. In feite wordt het ene bewijsprobleem ingewisseld voor het andere.

Een ander knelpunt is dat de vermogensvergelijking en de kasopstelling te weinig oog hebben voor kosten die de betrokkene maakt bij de verwerving van opbrengsten uit strafbare feiten. In beide methoden wordt ervan uitgegaan dat uitgaven, voor zover deze zich laten vaststellen, een indicatie vormen voor vermogen waarover de betrokkene in de betreffende periode heeft kunnen beschikken. Indien een uitgave wordt gedaan met het oog op het begaan van strafbare feiten (al dan niet door de betrokkene zelf) moet dit bedrag echter in mindering worden gebracht op de opbrengst (zie nr. 270-287). Telt men deze kosten niettemin mee bij de vermogensvergelijking of de kasopstelling, dan komt het totaal

164 Vemeulen 1999, p. 118, wijst erop dat de kasopstelling eenvoudiger is toe te passen, maar dat de vermogensvergelijking een beter zicht biedt op de vermogenspositie van de betrokkene. Dit laatste is van belang voor het eventueel te nemen verhaal.

165 Zie Vermeulen 1999, p. 97-98, 117.

bedrag van het vermogen te hoog uit.¹⁶⁶ Teneinde dit te voorkomen, moet er alleen rekening worden gehouden met uitgaven van de betrokkene die niet in verband staan met de strafbare feiten waarvan de opbrengst aan de betrokkene ten goede komt.¹⁶⁷ Het in acht nemen van deze beperking bemoeilijkt het hanteren van de vermogensvergelijking en de kasopstelling. Wil men dubbeltellingen voorkomen, dan moet men in twijfelgevallen de geconstateerde uitgave niet meenemen in de berekening. De consequentie hiervan is dat het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel lager uitkomt.

Een laatste probleem is dat de betreffende methoden veronderstellen dat de omvang van het vermogen, dan wel de liquide middelen van de betrokkene, op het begin- en eindpunt zijn vast te stellen. Een goed voorbereide misdadiger draagt er zorg voor dat het zo onzichtbaar mogelijk is dat hij over enig vermogen beschikt. Door het plaatsen van vermogen bij derden, met inbegrip van het gebruik maken van schijnconstructies, is het – zowel in feitelijk als juridisch opzicht¹⁶⁸ – problematisch beide berekeningsmethoden toe te passen. Op dit terrein kan de ‘tegen-strategie’ van de zijde van de misdaad een reëel probleem vormen (zie nr. 40).

3.4 Nadere analyse

365. Op de vaststelling van de omvang van het voordeel in de zin van art. 36e lid 3 Sr is art. 511f Sv van toepassing. Dientengevolge mag de rechter de schatting alleen ontlenen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen. In zoverre bestaat er geen verschil met art. 36e lid 2 Sr. Art. 511f Sv behoeft wel enige nadere toelichting in het licht van de afwijkende bewijsstructuur van het derde lid van art. 36e Sr. In nr. 357 is gebleken dat de vaststelling van de omvang van het voordeel een bewijsbeslissing is die zich niet laat afzonderen van de vaststelling van de wederrechtelijke verkrijging. De vaststelling van de omvang van het voordeel is nauw verweven met de vaststelling van de onderliggende feiten. Het gevolg hiervan is dat art. 511f Sv zich redelijkerwijs niet anders laat interpreteren dan dat ook de vaststelling van de feiten gebonden is aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen.

166 Stel: het beginsaldo van een periode is 10 en het eindsaldo is 100. In deze periode investeert de betrokkene 10 in de aankoop van drugs, terwijl deze drugs voor 100 worden verkocht. Dit zijn de enige uitgaven en inkomsten. Telt men de uitgave van 10 (de aankoop) op bij het verschil tussen het begin- en het eindsaldo, dan zou de vermogensvermeerdering 100 zijn, terwijl dat eigenlijk maar 90 is.

167 Vermeulen 1999 gaat in zijn toelichting op deze berekingsmethoden niet op dit punt in, al spreekt hij op p. 97 van ‘(...) persoonlijke en consumptieve uitgaven (...)’. Op p. 116 hanteert hij echter een ruimere omschrijving van de relevante uitgaven.

168 Indien men al heeft kunnen traceren waar de betrokkene zijn vermogen heeft ondergebracht, komt men in de discussie terecht in hoeverre die vermogensbestanddelen al dan niet (terecht) aan de betrokken derde toebehoren.

Van groot praktisch belang is dit niet. Het voorschrift ex art. 511f Sv heeft immers weinig om het lijf (zie nr. 328).

366. In paragraaf 2 van dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de betekenis van het aannemelijkheids criterium bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr. Een voor de hand liggende vraag is of de aldaar gegeven analyse ook (onverkort) voor art. 36e lid 3 Sr geldt. Het antwoord op deze vraag is niet eenvoudig te geven. Vooropgesteld moet worden dat er gebleken is dat het criterium voor de bewijswaardering eigenlijk nauwelijks verschilt, althans zou moeten verschillen, van het in de hoofdzaak geldende criterium. Voor specifieke bewijsproblemen kan gebruik worden gemaakt van rechterlijke vermoedens. In hoeverre is dit schema terug te vinden in art. 36e lid 3 Sr? Er doet zich op dit onderdeel een – met betrekking tot de ontnemingswetgeving vaker voorkomend – interpretatieprobleem voor: er zijn meerdere interpretaties naast elkaar mogelijk. Hieronder zet ik de mogelijkheden uiteen.

367. Art. 36e lid 3 Sr richt zich op al het wederrechtelijk voordeel dat de betrokkene in een bepaalde periode heeft verkregen. Het bestaan en de omvang van dit voordeel vormt het bewijsthema. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de rechter eerst de aannemelijkheid van de stellingen van het Openbaar Ministerie en het daaraan ten grondslag gelegde materiaal moet beoordelen. Komt de rechter tot een (voorlopig) positief oordeel, dan stelt hij de betrokkene in de gelegenheid zich te disculperen. Op basis van dit verweer dient de rechter wederom (definitief) te oordelen over de aannemelijkheid van de beweerde voordeelsverkrijging door de betrokkene (zie met name nr. 359 en 360). Dit laatste oordeel behelst in wezen een beoordeling van de aannemelijkheid van het verweer van de betrokkene,¹⁶⁹ waarbij die beoordeling in samenhang met (de aannemelijkheid van) de stellingen van het Openbaar Ministerie geschiedt.¹⁷⁰ In dit stramien ligt een complicatie besloten: het aannemelijkheids criterium wordt in zowel belastende als ontlastende zin gehanteerd. Een eenduidige invulling van het aannemelijkheids criterium naar de aard en strekking van de vaststelling, zoals met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr wel mogelijk is (zie nr. 304), is daardoor lastig. Er zijn mijns inziens drie interpretaties mogelijk.

De eerste mogelijkheid is dat het gaat om een afweging van de aannemelijkheid van de stellingen van het Openbaar Ministerie en de aannemelijkheid van het verweer, in die zin dat met betrekking tot beide partijen eenzelfde aannemelijkheids criterium geldt. De rechter weegt hetgeen beide partijen naar voren brengen, tegen elkaar af en oordeelt naar welke kant de balans doorslaat.¹⁷¹ Deze interpretatie

169 Zie Memorie van Toelichting, p. 15 (geciteerd in nr. 359).

170 Vgl. Memorie van Toelichting, p. 63, waar de minister spreekt van een 'balancing of probabilities'.

171 Hierin kan men het criterium van de *preponderance of evidence* herkennen. Zie nr. 345.

past goed bij de wijze waarop de minister het definitieve oordeel van de rechter omschrijft. Het past echter minder goed bij het vereiste dat de rechter eerst de stellingen van het Openbaar Ministerie op zichzelf genomen aannemelijk moet achten. Hiertoe is een waarderingsmaatstaf vereist die niet enkel afhankelijk is van de geloofwaardigheid van stellingen van partijen in onderling verband.

Legt men de nadruk op het eerste, voorlopige oordeel dat de rechter moet vellen, dan is een *tweede* interpretatie mogelijk die gelijkenis vertoont met de hiervoor gegeven analyse van het aannemelijkheids criterium van art. 36 lid 2 Sr. Aan art. 36e lid 3 Sr ligt niet alleen de gedachte ten grondslag dat het mogelijk moet zijn wederrechtelijk voordeel te ontnemen dat is verkregen door een betrokkene die de onderliggende strafbare feiten niet zelf heeft begaan, maar ook dat er geen al te hoge eisen gelden voor de vaststelling van de relatie tussen de verschillende (individuele) feiten en de daarop volgende voordeelsverkrijging. Deze laatste vaststelling zou men kunnen aanduiden als specifiek problematisch, waaraan men vervolgens de consequentie verbindt dat de rechter op dit onderdeel de vereiste zekerheid op een indirecte manier mag verkrijgen. Toepassing van dit stramien leidt ertoe dat de rechter de stellingen van het Openbaar Ministerie aannemelijk kan achten op basis van een rechterlijk vermoeden. De rechter neemt een dergelijk vermoeden aan indien hij van oordeel is dat er voldoende feiten vaststaan om die met behulp van een berekeningsmethode – zoals de kasopstelling of de vermogensvergelijking – te combineren en zodoende tot een voorlopig oordeel te komen over de voordeelsverkrijging. De betrokkene kan de deugdelijkheid van deze bewijsredenering in twijfel trekken door te wijzen op logische of feitelijke inconsistenties. Indien hij daarin slaagt, valt het rechterlijk vermoeden weg. Legt men het aannemelijkheids criterium van art. 36e lid 3 Sr op deze wijze uit, dan moet aan de vereiste zekerheid tamelijk hoge eisen worden gesteld, juist omdat het toegelaten is die zekerheid op een indirecte manier te verkrijgen.

Voor deze interpretatie kan eveneens steun worden gevonden in de parlementaire stukken. Niet alleen geeft deze uitleg duidelijker vorm aan het voorlopige oordeel dat de rechter met betrekking tot de stellingen van het Openbaar Ministerie moet vellen, dit sluit tevens aan bij de (niet nader toegelichte) verwijzingen van de minister naar het gebruik van vermoedens en ervaringsregels.¹⁷² Er bestaat echter ook frictie met de wetgeschiedenis. Uit verschillende passages spreekt namelijk een groter verwachtingspatroon ten opzichte van de betrokkene. Er wordt meer van hem verlangd dan dat hij enkel wijst op logische en feitelijke inconsistenties in de bewijsredenering. De minister spreekt een aantal maal over het ontbreken van een redelijke verklaring omtrent de rechtmatige verwerving van

172 Zie respectievelijk Memorie van Toelichting, p. 15 (citaat in nr. 359), en Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 6 (citaat in nr. 359).

de gelden (zie nr. 359). Een dergelijke verklaring vraagt om een tamelijk specifiek en behoorlijk onderbouwd betoog van de betrokkene.

Een *derde* interpretatie van deze kwestie kan worden gevonden door het accent te leggen op '(...) het aandeel in de procesvoering (...) dat van de betrokkene in redelijkheid kan worden verwacht' (zie nr. 361). Van het Openbaar Ministerie wordt dan niet meer verwacht dan dat het laat zien dat de vermogenspositie van de betrokkene in zijn algemeenheid niet past bij zijn legale bronnen van inkomsten. Vervolgens is het aan de betrokkene nader inzicht te geven in de wijze waarop hij zijn vermogen heeft vergaard. Aan dat verweer mag de eis worden gesteld dat de betrokkene gedetailleerd en onderbouwd aangeeft welke legale bronnen aan zijn vermogen ten grondslag liggen. In dit stramien worden er hogere eisen gesteld aan de aannemelijkheid van de stellingen van de betrokkene dan aan die van het Openbaar Ministerie.¹⁷³

368. Het aannemelijkheids criterium van art. 36e lid 3 Sr kan dus op meerdere manieren worden geïnterpreteerd. Dit is hoofdzakelijk het gevolg van het feit dat de wetsgeschiedenis geen eenduidig beeld geeft ten aanzien van de verwachtingen die er ten opzichte van enerzijds het Openbaar Ministerie en anderzijds de betrokkene bestaan met betrekking tot de vereiste participatie in de bewijsvoering. In deze oorzaak van het interpretatieprobleem ligt evenwel ook de sleutel voor de oplossing. De uitlatingen van de minister kunnen aan de hand van het leerstuk van de bewijslastverdeling in het civiele recht nader vorm worden gegeven en, in het licht van art. 6 lid 2 EVRM, genormeerd. Daarmee kan er eveneens aan het aannemelijkheids criterium een verdere invulling worden gegeven. In de volgende twee paragrafen krijgt dit zijn beslag.

4 Het begrip 'bewijslastverdeling'

4.1 Inleiding

369. De minister noemt met betrekking tot de door hem voorgestane mogelijkheid van een bewijslastverdeling drie referentiepunten. Allereerst het civiele recht; de aldaar geldende bewijslastverdeling wil de minister analoog toepassen bij art. 36e lid 3 Sr (zie nr. 358). Ten tweede het strafrecht; de minister ziet een parallel met het beroep van een verdachte op een exceptie. De verdachte dient een dergelijk verweer te onderbouwen (zie nr. 361). Ten derde het EVRM; in de parlementaire stukken toetst de minister zijn opvatting aan de onschuldpresumptie van art. 6 lid

173 Vgl. in dit verband de Memorie van Toelichting bij het ingetrokken wetsvoorstel 'Wet confiscatie crimineel vermogen', TK 1993-1994, 23 704, nr. 3, p. 21.

2 EVRM.¹⁷⁴ Hieronder behandel ik eerst de betekenis van het begrip bewijslastverdeling in het civiele recht en het strafrecht, waarbij ik tevens aangeef of, en zo ja: onder welke voorwaarden, een verdeling van de bewijslast mogelijk is.¹⁷⁵ Vervolgens ga ik in op de uit art. 6 lid 2 EVRM voortvloeiende normen.

4.2 *Bewijslastverdeling in het civiele recht*

370. Het begrip 'bewijslastverdeling' verwijst naar de vraag welke partij in een procedure het *bewijsrisico* draagt. Maar wat is het bewijsrisico? Partijen met een geschil over subjectieve rechten kunnen hun geschil aan de civiele rechter voorleggen. Voor toewijzing van de vordering van de eiser is het noodzakelijk dat de relevante feiten komen vast te staan. Mocht de gedaagde daartegen een verweer voeren, dan dienen de daartoe relevante feiten evenzeer vast komen te staan. Zowel eiser als gedaagde lopen het risico dat dit niet gebeurt, waarbij het gevolg zal zijn dat de betreffende partij op dat punt verliest. Dat risico, dat in iedere procedure bestaat, heet het bewijsrisico.¹⁷⁶ Het niet vaststaan van de gestelde feiten doet zich voor indien de rechter het twijfelachtig vindt of de feiten zich hebben voorgedaan – dit heet ook wel een *non liquet* – dan wel indien het tegendeel van de beweerde feiten blijkt.¹⁷⁷

371. In het huidige civiele bewijsrecht wordt uitgegaan van grofweg het volgende stamien. In een dagvaardingsprocedure stelt een partij bepaalde feiten ter staving van haar stelling waarop een vordering of een verweer stoelt. Uitgangspunt is dat feiten die niet of niet voldoende worden betwist door de wederpartij, door de rechter als vaststaand worden aangenomen (art. 176 lid 1 Rv). Partijen kunnen in dit opzicht de omvang van het geschil bepalen. Dit vloeit voort uit de zogenaamde partij-autonomie.¹⁷⁸

Feiten die niet of onvoldoende zijn betwist, kan de rechter zonder verder bewijs aan zijn beslissing ten grondslag leggen. Zowel eiser als gedaagde moeten bij het stellen respectievelijk het betwisten van feiten bepaalde motiveringseisen in acht nemen, willen zij aan hun stelplicht voldoen. Art. 140 en 141 Rv spreken

174 Zie Memorie van Toelichting, p. 63. Het resultaat van deze toetsing is – uiteraard – dat de beoogde bewijslastverdeling geen inbreuk maakt op art. 6 lid 2 EVRM.

175 De tekst van de paragrafen 4.2 en 4.3 is een bewerking van Borgers & Kristen 1999, p. 867-868, 872-876.

176 Zie met name Grünebaum 1904, p. 25-27, Asser 1992, nr. 11, Gras 1992, p. 655, Giesen 1998, p. 1630, en Giesen 2001, p. 4-5, 12.

177 Asser 1992, nr. 11, en Giesen 1999a, p. 5.

178 Bosch-Boesjes 1991, p. 227-231, H.J. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, nr. 42-44, en Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 5. In dit verband wordt gesproken over de 'formele waarheid'. Alleen indien gestelde feiten (voldoende) worden betwist, kan de rechter de waarheid van de stellingen onderzoeken. Dit onderzoek is, evenals in het strafrecht, wel een onderzoek naar de materiële waarheid.

in dit verband over 'met redenen omkleed'. Kortom, partijen moeten aan de rechter en aan elkaar duidelijk maken het 'wat en waarom' van hun stellingen.¹⁷⁹ Acht de rechter een stelling (een vordering of een verweer) onvoldoende gemotiveerd, dan kan hij deze stelling buiten beschouwing laten. Voor de eiser zal zulks leiden tot een afwijzing van zijn vordering. Bij de gedaagde moet men twee situaties onderscheiden. Indien zijn (ongemotiveerde) stelling inhoudt een in twijfel trekken van de feiten die de eiser ten grondslag legt aan zijn vordering, staan daarmee die feiten vast. Komt zijn stelling neer op een zelfstandig verweer, dan leidt dat tot een afwijzing van dat verweer. Uiteraard kan de rechter, alvorens hij consequenties verbindt aan het niet-voldoen aan deze motiveringsplicht, gelegenheid bieden alsnog hun stellingen te motiveren.¹⁸⁰

Het gestelde feit dat kan leiden tot beslissing van de zaak, moet worden bewezen zodra het afdoende is weersproken. Door het verdelen van de bewijslast bepaalt de rechter op welke partij de last – de rechtens niet afdwingbare verplichting¹⁸¹ – rust om bewijs van het feit te leveren. Volgens de hoofdregel van art. 177 Rv draagt iedere partij de bewijslast van de door haar gestelde feiten (kortweg 'wie stelt, bewijst'). Art. 177 Rv opent de mogelijkheid om een uitzondering te maken op deze hoofdregel: '(...) tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van bewijslast voortvloeit.' Krachtens deze regel kan de bewijslast bij de wederpartij worden gelegd van degene op wie de bewijslast volgens de hoofdregel zou rusten. Dat heet een omkering van de bewijslast. De consequentie hiervan is dat, indien het tot een *non liquet* komt, de wederpartij de procedure op dit onderdeel verliest.

372. De verplichting of last tot het leveren van bewijs houdt praktisch gezien in het verzamelen en het aanvoeren van materiaal waaruit de rechter in het kader van de bewijswaardering de overtuiging kan bekomen dat een feit vaststaat (de bewijsvoering). De partij die de bewijslast draagt, is verantwoordelijk voor deze bewijsvoering. De rechter waardeert het geleverde bewijs en moet zich er door laten overtuigen (art. 179 lid 2 Rv).¹⁸² Hij neemt in dat geval aan dat het feit vaststaat en daarmee is het feit bewezen. Het niet of niet voldoende aandragen van bewijsmateriaal dan wel het ontzenuwen van dat materiaal door tegenbewijs leidt ertoe dat het feit niet is komen vast te staan. De vordering of het verweer moet

179 Dit is strikt genomen nog geen onderdeel van de bewijsslevering. De motiveringseisen van art. 140 en 141 Rv leggen slechts de plicht op de feitelijke en juridische basis van de stelling duidelijk te maken.

180 Zie Gras 1992, p. 654, 657-660, Gras 1997, p. 117-121, H.J. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, nr. 145, 205-208, Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 68, en HR 18 maart 1994, NJ 1994, 407. Aan de zogenaamde verzwaarde stelplicht of uitgebreide motiveringsplicht wordt hier voorbij gegaan. Zie nader Giesen 2001, p. 39-47.

181 Zie Baumgärtel 1996, Rn. 35.

182 Als waarderingsmaatstaf geldt hierbij de redelijke mate van zekerheid. Zie nr. 345.

dan worden afgewezen. Kortom, het bewijsrisico realiseert zich als gevolg van het niet-nakomen van de bewijslast.

Duidelijk is dat bewijsrisico en bewijslast meestal samenvallen. In de praktijk plegen bewijsrisico en bewijslast dan ook te worden vereenzelvigd.¹⁸³ Het is echter denkbaar dat beide moeten worden onderscheiden. Dat is het geval indien een ander dan degene voor wie de feiten van belang zijn met het oog op het door hem gewenste rechtsgevolg (en derhalve het bewijsrisico draagt), bewijsmateriaal aandraagt op grond waarvan de rechter die feiten kan vaststellen.¹⁸⁴ In dat geval lopen bewijsrisico en bewijslast niet parallel. Dat doet zich voor als de rechter zelfstandig onderzoek instelt naar (de juistheid van) feiten door bijvoorbeeld een deskundigenbericht (art. 221, 224-225 Rv) in te winnen. Het bewijsrisico ligt bij één van de procespartijen terwijl er praktisch gesproken geen bewijslast op haar rust.¹⁸⁵

373. Een tweetal aspecten van de voorgaande beschrijving van de bewijslastverdeling in het civiele recht zijn voor het vervolg van dit hoofdstuk nog van belang. Ten eerste, de bewijslast (het bewijsrisico) rust, zoals hiervoor is gebleken, telkens op één van de partijen. Bewijslastverdeling is in die zin een enigszins verwarrende term. Immers, verdeling veronderstelt een groter geheel dat zich in delen laat splitsen. De bewijslast laat zich echter niet delen in die zin dat een bewijsrisico ten dele op de ene, ten dele op de andere partij rust. Er is sprake van een alles-of-niets-situatie: ofwel het bewijsrisico ligt conform de hoofdregel bij de eiser, ofwel de bewijslast is omgekeerd, waardoor het bewijsrisico in geval van een *non liquet* bij de gedaagde ligt.¹⁸⁶ Men zou ook van een bewijslastoedeling kunnen spreken.¹⁸⁷

Het tweede aspect betreft het gegeven dat het bewijsrisico geen direct verband houdt met de geldende bewijswaarderingsmaatstaf. Ook in de gevallen waarin voor de bewijswaardering een minder strikte waarderingsmaatstaf geldt, is de verdeling van de bewijslast van doorslaggevend belang indien er zich een *non liquet* voordoet. Wel kan men zeggen dat vanwege de minder strikte maatstaf de partij op wie de bewijslast rust, eenvoudiger het bewijs kan leveren. De kans dat er zich een *non liquet* voordoet, wordt zodoende kleiner, maar verdwijnt niet.¹⁸⁸

183 Zie voor het voorgaande onder andere Asser 1992, nr. 10-11, Gras 1997, p. 115-117, 125-127, H.J. Snijders, Ynzonides & Meijer, nr. 202-203, 211-212, Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 122, Giesen 1999a, p. 5-6, en Giesen 2001, p. 11-12.

184 Zie Grünebaum 1904, p. 50, 56, 65, en Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 23.

185 Vgl. Grünebaum 1904, p. 50-51, 56, en HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, m.nt. CJHB. Hieraan doet niet af dat partijen nog wel het recht hebben om op het deskundigenbericht te reageren.

186 Vgl. hieromtrent Giesen 1997b.

187 Vgl. Asser 1992, nr. 11, en Baumgärtel 1996, Rn. 8. Het is overigens mogelijk dat de bewijsrisico's met betrekking tot verschillende feitelijke elementen, welke moeten vaststaan voor het intreden van een rechtsgevolg, niet alle bij één partij liggen.

188 Zie Asser 1992, nr. 8, Giesen 1998, p. 1632-1633, 1634, en Giesen 2001, p. 48.

374. Het gebruik van een rechterlijk vermoeden kan niet tot het terrein van de bewijslastverdeling worden gerekend. De toepassing van het vermoeden leidt ertoe dat een stelling van de partij op wie de bewijslast rust, als voorlopig vaststaand wordt beschouwd. De wederpartij is vervolgens bevoegd *tegenbewijs* te leveren. Dat tegenbewijs hoeft niet te bestaan uit bewijs van het tegendeel. De wederpartij kan ermee volstaan voldoende twijfel te zaaien. Slaagt hij hierin, dan vervalt het vermoeden. De rechter beslist vervolgens, indien er niet alsnog bewijs van de stelling wordt geleverd, conform de geldende bewijslastverdeling. Concreet betekent dit dat de partij op wie de bewijslast rust, verliest. Derhalve kan het gebruik van een rechterlijk vermoeden niet als een omkering van de bewijslast worden gekwalificeerd. Dat zou vereisen dat de wederpartij daadwerkelijk het bewijsrisico zou dragen met betrekking tot het *tegendeel* van het gestelde.¹⁸⁹

De wederpartij die zich geconfronteerd ziet met de toepassing van een rechterlijk vermoeden draagt dus niet de bewijslast. Hij kan het zich echter niet permitteren geen enkele activiteit te vertonen, althans indien hij de procedure niet wil verliezen. Zoals gezegd, het is noodzakelijk dat hij voldoende twijfel zaait met betrekking tot de toepassing van het vermoeden. Er is dan weliswaar geen bewijslast, maar de wederpartij is ook weer niet vrij van alle lasten. In dit verband wordt ook wel gezegd dat op hem de *bewijsvoeringslast* rust.¹⁹⁰ Deze bewijsvoeringslast wordt relevant indien de rechter op grond van het voorliggende feitenmateriaal tot een voorlopige oordeel komt, dat wil zeggen: het feitenmateriaal voorlopig waardeert. De partij in wiens belang het is deze voorlopige bewijswaardering in twijfel te trekken, is de drager van de bewijsvoeringslast maar niet de drager van de bewijslast.¹⁹¹

4.3 *Bewijslastverdeling in het strafprocesrecht*

375. In de strafrechtelijke literatuur wordt al geruime tijd het standpunt verkondigd dat het strafproces geen bewijslast kent. Op het Openbaar Ministerie of de verdachte zou geen plicht rusten tot het leveren van bewijs(materiaal) voor hun stellingen, althans niet met een daaraan gekoppeld bewijsrisico. Het is, uiteindelijk, de rechter die zich zoveel mogelijk moet inspannen om alle relevante informatie boven tafel te krijgen, ook al doen het Openbaar Ministerie en de verdachte daartoe geen of

189 Zie Asser 1992, nr. 13, 15, Gras 1992, p. 656, Gras 1997, p. 127-128, Giesen 1997a, p. 244-245, Visser 1997, p. 75, 77, Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31, Giesen 1999, p. 5-6, en Giesen 2001, p. 14, 65-66, 68. Vgl. ook Baumgärtel 1996, Rn. 25, de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 7 april 2000, RvdW 2000, 100, en Rutgers 2000, p. 884.

190 Giesen 1997a, p. 245, Giesen 1999a, p. 5-6, en Giesen 2001, p. 13, 66. Deze term heeft zijn wortels in de Duitse literatuur (*Beweisführungslast*). Zie Prütting 1983, p. 6, 8, en Baumgärtel 1996, Rn. 14, 21.

191 Zie nader Prütting 1983, p. 7-9, 29, en Baumgärtel 1996, Rn. 21, 22, 25.

weinig moeite.¹⁹² De vertegenwoordigers van deze opvatting zetten hun stelling veelal af tegen het civiele recht. Uit de verschillen tussen het strafproces en het civiele proces zou volgen dat er in het strafproces geen plaats kan zijn voor een bewijslast. Wie echter de (veronderstelde) verschillen bestudeert, moet tot de conclusie komen dat deze in elk geval niet zodanig van aard zijn dat aansluiting bij het civielrechtelijke begrippenapparaat inzake de bewijslastverdeling zinloos zou zijn.¹⁹³ In het navolgende worden de activiteiten van het Openbaar Ministerie en de verdachte als procespartijen, alsmede die van de rechter, aan de hand van dat begrippenapparaat benoemd.

Hieraan voorafgaande wijs ik er nogmaals op dat in een 'gewone' strafzaak alleen het bewijs van het ten laste gelegde feit door het Openbaar Ministerie onderworpen is aan het bewijsregime van art. 338-344a Sv. Andere stellingen en beweringen, zoals die van de verdachte en die met betrekking tot de strafmaat, vallen daarbuiten. Dit verschil is van belang bij de aanduiding van de activiteiten van het Openbaar Ministerie, de verdachte en de rechter. Aangezien deze paragraaf betrekking heeft op het bewijsregime in de gewone strafzaak, doel ik, waar ik spreek over bewijs, op het bewijs van het ten laste gelegde feit.

376. Het *bewijsrisico* speelt in elke procedure een rol, ook in het strafproces. Door het entameren van een strafrechtelijke procedure wenst het Openbaar Ministerie een rechterlijk oordeel over bepaald gedrag te verkrijgen: meestal een veroordeling met de oplegging van sancties. Indien de rechter het ten laste gelegde feit niet wettig en overtuigend bewezen acht (art. 338 Sv), ligt het bewijsrisico bij het Openbaar Ministerie: er vindt geen veroordeling plaats.¹⁹⁴ Men zou hier tegen in kunnen brengen dat de strafrechter een actieve rol speelt bij de waarheidsvinding. Hij is niet gebonden aan hetgeen het Openbaar Ministerie en de verdachte naar voren brengen, doch hij heeft een eigen verantwoordelijkheid om zowel belastende als ontlastende feiten en omstandigheden te onderzoeken. Deze zelfstandige onderzoeksplicht heeft echter geen betekenis voor het bestaan van een bewijsrisico voor het Openbaar Ministerie. De inspanningen van de rechter leiden er immers niet per definitie toe dat eventuele onduidelijkheden over het ten laste gelegde feit worden weggenomen. De kans dat er een *non liquet* ontstaat, wordt wellicht kleiner, maar blijft aanwezig.¹⁹⁵ Bestaat er ook na de rechterlijke inspanningen

192 De grondlegger voor de huidige opvatting is Langemeijer. Zie Langemeijer 1931. Zij bestaat echter al langer. Zie bijvoorbeeld Modderman 1867, p. 58-59, als ook Grünebaum 1904, p. 29-37, die een overzicht geeft van de (toentertijd) bestaande strafrechtelijke opvattingen. Meer recente aanhangers zijn Enschedé 1966, p. 505-506, Bronkhorst 1970, p. 43, en Nijboer 2000, p. 24, 201-210. Zie ook Reijntjes 1980, p. 78-79.

193 Zie voor een nadere uitwerking Borgers & Kristen 1999, p. 868-872.

194 Zie ook Traest 1992, nr. 333.

195 Grünebaum 1904, p. 49, 53-54. Vgl. ook Prütting 1983, p. 6-7, 36-38, Traest 1992, nr. 260, 280, Kokott 1993, p. 13-14, en Feigen 1998, p. 5-7, 20, 37.

nog twijfel met betrekking tot het ten laste gelegde feit, dan kan de rechter geen veroordeling uitspreken.

377. Evenals in het civiele bewijsrecht kunnen bewijsrisico en *bewijslast* in het strafproces in belangrijke mate aan elkaar worden gekoppeld. Met het uitbrengen van een tenlastelegging poneert het Openbaar Ministerie de stelling dat een verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het begaan van een strafbaar feit en voert het daartoe feiten en omstandigheden aan. Het is in eerste instantie aan het Openbaar Ministerie om bewijs van de bestanddelen van dat strafbare feit te leveren. Gesteld mag worden dat het Openbaar Ministerie de bewijslast hiervan draagt.¹⁹⁶ Dit vloeit in de eerste plaats voort uit de taak en de positie van het Openbaar Ministerie: het handhaven van de rechtsorde (art. 124 RO). Onder leiding van het Openbaar Ministerie worden strafbare feiten opgespoord en wordt bewijsmateriaal verzameld. Het Openbaar Ministerie selecteert vervolgens de zaken die voor de rechter moeten worden gebracht (het opportuniteitsbeginsel van art. 167 lid 1 Sv). Bij deze selectie moet het Openbaar Ministerie telkens nagaan of, gelet op het beschikbare bewijsmateriaal, een veroordeling redelijkerwijs haalbaar is. Dit vloeit voort uit het uitgangspunt van het Wetboek van Strafvordering dat alleen werkelijk schuldigen mogen worden gestraft.¹⁹⁷ In dit verband moet het Openbaar Ministerie rekening houden met een veelal defamerende werking van het betrekken van een persoon in een strafprocedure. Het is dan ook in overeenstemming met de (civielrechtelijke) hoofdregel 'wie stelt, bewijst' dat het Openbaar Ministerie de beschuldiging waar maakt.¹⁹⁸

Het belasten van het Openbaar Ministerie met het aandragen van bewijsmateriaal sluit bovendien aan bij de taakverdeling tussen de strafrechter en het Openbaar Ministerie in een contradictoir proces. Ook al is de strafrechter bevoegd zelfstandig onderzoek te verrichten, het aandragen van bewijsmateriaal ligt meer op de weg van het Openbaar Ministerie. De taakstelling van de rechter moet primair als een correctiemechanisme worden beschouwd. Daar waar het perspectief van het Openbaar Ministerie onvoldoende licht werpt op de materiële waarheid, kan de rechter ingrijpen door zelfstandig onderzoek te (laten) verrichten naar belastende

196 Traest 1992, nr. 333, 400, en Doorenbos 1998, p. 133 (noot 2), 141. Vgl. Melai 1968, p. 93-94, en ook Reijntjes 1980, p. 63, 79, 81, volgens wie het de taak van het Openbaar Ministerie is te bewijzen ('belast met de bewijsvoering').

197 Zie onder andere Memorie van Toelichting, TK 1913-1914, 286, nr. 3, p. 55. Zie voorts Melai 1973, p. 457-460, Corstens 1974, p. 23, Reijntjes, in: Melai c.s. (losbl.), aant. 1a op art. 167 (suppl. 107), en Corstens 1999, p. 483.

198 Men zou er nog op kunnen wijzen dat het Openbaar Ministerie ook oog moet hebben voor ontlastende materiaal en dat het zich gehouden kan achten daar de aandacht op te vestigen. Vgl. Langemeijer 1931, p. 89. Dit doet echter geen afbreuk aan het feit dat het Openbaar Ministerie de stelling dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit, moet onderbouwen.

(en ontlastende) omstandigheden.¹⁹⁹ Gaat de rechter hierin verder en neemt hij de leiding over, dan kan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid in gevaar komen, zeker gezien vanuit de positie van de verdachte. Terughoudendheid is geboden.

Tot slot mag men van het Openbaar Ministerie als staatsorgaan dat met rechtshandhaving is belast, en voorzien van de daartoe vereiste (financiële) middelen, ook verwachten dat het voldoende bewijsmateriaal aandraagt. Gelet op de op het spel staande maatschappelijke belangen kan men het tot de publieke verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie rekenen dat het zich inspant om realisatie van het bewijsrisico te vermijden. Let wel, evenals een partij in een civiele dagvaardingsprocedure op wie de bewijslast van een bepaald feit rust (zie nr. 371), is het Openbaar Ministerie niet rechtens afdwingbaar verplicht aan zijn bewijslast te voldoen. Het Openbaar Ministerie neemt wel op de koop toe dat, indien de strafrechter niet zelfstandig onderzoek doet naar de belastende feiten en omstandigheden, het bewijsrisico zich realiseert en de verdachte vrijuit gaat.

378. In het strafproces rust er op de verdachte geen bewijslast of bewijsrisico. Op grond van de onschuldpresumptie – het beginsel dat de verdachte voor onschuldig moet worden gehouden totdat het tegendeel is bewezen – mag van de verdachte niet worden verlangd dat hij zijn onschuld bewijst.²⁰⁰ Daarmee is echter niet gezegd dat het zonder risico's is indien de verdachte zich volledig passief opstelt. De rechter – en ook het Openbaar Ministerie – kan, ook al bestaat er een eigen verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding, niet met alle denkbare feiten en omstandigheden rekening houden en deze onderzoeken. Bovendien ligt het voor de hand dat de verdachte wordt geacht de bevrijdende feiten en omstandigheden die meestal in zijn sfeer liggen en niet zonder meer voor derden zoals het Openbaar Ministerie en de rechter kenbaar zijn, zelf naar voren te brengen. Hij heeft daarbij een groot belang.²⁰¹ Immers, de rechter mag niet tot de vereiste overtuiging van art. 338 Sv komen, indien er twijfel bestaat omtrent het begaan zijn van het strafbare feit door de verdachte. Dit vloeit voort uit de *in dubio pro reo*-regel.²⁰²

199 Vgl. Reijntjes 1980, p. 80-81: de rechter stuurt de bewijsvoering mee. Het bewijsrisico blijft bij het Openbaar Ministerie.

200 Keijzer 1987, p. 247-250, Corstens 1999, p. 53, Kristen, Borgers & Koopmans 1998, p. 22-23, en Nijboer 2000, p. 34-35, 207. Zie ook nr. 387.

201 Memorie van Antwoord, Handelingen EK 1920-1921, p. 64: 'Voor de ontlastende gegevens en gezichtspunten heeft niemand zóó fijn gevoel en opmerkingsvermogen als de vervolgte partij zelfve.' Zie voorts Modderman 1867, p. 58-59, Langemeijer 1931, p. 88-89, 96-97, en Nijboer 2000, p. 88-89, 208-209. Vgl. ook Melai 1968, p. 95.

202 Zie onder andere Reijntjes 1980, p. 66-67, 103, Fokkens 1984, p. 22-24, Keijzer 1987, p. 243-244, Corstens 1999, p. 53, en Nijboer 2000, p. 34-35, 88-89, 207.

Kiest de verdachte er in het strafproces voor een voor hem gunstige omstandigheid naar voren te brengen,²⁰³ dan kan dat op twee manieren geschieden. Allereerst kan de verdachte in de bewijsvoering van het Openbaar Ministerie interfereren door ter zake van één of meer delictsbestanddelen de voor hem gunstige of bevrijdende omstandigheden naar voren te brengen. Hij voert dan een bewijsverweer waarmee hij twijfel tracht te zaaien omtrent het wettig en overtuigend bewezen zijn van deze delictsbestanddelen. Ten tweede kan de verdachte buiten de bewijslevering door het Openbaar Ministerie om, een beroep doen op feiten en omstandigheden die een vervolgings- of strafuitsluitingsgrond vormen.²⁰⁴ In beide gevallen mag van de verdachte worden verwacht dat hij het niet laat bij het enkel stellen van de gunstige omstandigheid. De verdachte zal op zijn minst die omstandigheden zodanig moeten toelichten dat de rechter redelijkerwijs in staat is daar nader onderzoek naar te doen. De stellingen van de verdachte mogen niet van alle geloofwaardigheid ontbloeit blijven. Pas indien de aangevoerde omstandigheden aannemelijk zijn geworden, is er zoveel twijfel dat de verdachte niet mag worden veroordeeld. Dit betekent niet dat de verdachte geheel wordt belast met het aannemelijk maken van de aanwezigheid van ontlastende omstandigheden.²⁰⁵ De rechter moet ook ambtshalve bedacht zijn op de mogelijke aanwezigheid daarvan.²⁰⁶ De verdachte die enkel de aandacht vraagt voor ontlastende omstandigheden maar zich voor het overige geheel passief opstelt, moet er echter rekening mee houden dat de rechter zijn stellingen tamelijk eenvoudig kan passeren.²⁰⁷

379. Uit het voorafgaande vloeit voort dat de term 'bewijsrisico' niet functioneel is om het risico dat de verdachte loopt bij het niet of onvoldoende gemotiveerd

203 De verdachte kan er voor kiezen dit al in een eerder stadium te doen, bijvoorbeeld in het kader van een verzoek om een mini-instructie. Op deze wijze kan hij de beslissing tot het al dan niet (verder) vervolgen trachten te beïnvloeden.

204 Het Openbaar Ministerie hoeft de afwezigheid van strafuitsluitingsgronden niet aan te tonen. Zie Melai 1968, p. 90, en Nijboer 2000, p. 202.

205 Het criterium dat het verweer aannemelijk moet zijn geworden is vaste jurisprudentie. De rechter mag een verweer niet afwijzen met de motivering dat de verdachte zijn stellingen niet aannemelijk heeft gemaakt. Zie onder andere HR 20 juni 1967, NJ 1968, 49, m.nt. Van Eck, HR 12 januari 1971, NJ 1971, 293, m.nt. Enschedé, HR 10 juni 1975, NJ 1975, 465, m.nt. ThWvV, HR 25 november 1980, NJ 1981, 127, HR 5 februari 1985, NJ 1985, 473, HR 30 januari 1990, NJ 1990, 445, en HR 28 maart 1995, NJ 1995, 484. Zie over de last HR 3 juni 1997, NJ 1997, 657.

206 Hij hoeft echter geen rekening te houden met onwaarschijnlijke mogelijkheden. Zie Reijntjes 1980, p. 24-25, en Nijboer 2000, p. 86-87, 163-164, 208. Aan de door deze auteurs genoemde jurisprudentie kan worden toegevoegd: HR 3 december 1974, NJ 1975, 192, HR 1 november 1994, NJ 1995, 200, m.nt. C, HR 21 januari 1997, NJ 1997, 388, m.nt. JR, en HR 1 december 1998, NJ 1999, 273, m.nt. JR. Zie ook de noot van Th.W. van Veen onder HR 30 januari 1979, NJ 1979, 255.

207 Zie ook de noot van Schalken onder HR 26 januari 1999, NJ 1999, 537. In dit verband kan nog worden gewezen op het Poppenspel-arrest (HR 28 februari 1989, NJ 1989, 748). Voor het aannemen van een responsieplicht bij het verwerpen van het verweer inhoudende de onbetrouwbaarheid van een deskundigenrapport, speelde expliciet een rol dat de verdediging, naast het verwijzen naar meerdere wetenschappelijke publicaties, zelf op de proppen kwam met een deskundige. Zie nader Borgers 1995, p. 180, en Nijboer 2000, p. 175-177.

stellen van bevrijdende feiten en omstandigheden aan te duiden. Anders dan op de partij in de civiele procedure wier stelling afdoende wordt weersproken, rust op de verdachte in het strafproces immers geen bewijslast in de zin van het – wettig en overtuigend – bewijzen van de aanwezigheid van bevrijdende feiten en omstandigheden. De verdachte loopt derhalve geen bewijsrisico.²⁰⁸ Ten aanzien van deze feiten en omstandigheden loopt hij wel het risico dat zijn stellingen door de rechter niet serieus worden genomen. Hij heeft in dat geval zijn standpunt op zodanig magere wijze geponeerd dat zelfs de rechter geen aanleiding ziet er zelfstandig onderzoek naar te verrichten.

Er doet zich een parallel voor met hetgeen hiervoor is opgemerkt over de relatie tussen de bewijslastverdeling en het gebruik van rechterlijke vermoedens in het civiele recht (zie nr. 374). Daar kwam aan de orde dat onder omstandigheden mag worden verwacht dat de wederpartij bepaalde activiteiten verricht die gericht zijn op het zaaien van twijfel. In dat geval kan worden gesproken van een bewijsvoeringslast. Van de verdachte wordt eenzelfde activiteit verwacht. In die zin rust ook op de verdachte een *bewijsvoeringslast*. Deze houdt in het gemotiveerd stellen van bevrijdende feiten en omstandigheden opdat deze aannemelijk worden, hetzij op grond van het verweer van de verdediging, hetzij mede op grond van de onderzoeksactiviteiten die de rechter ontplooit naar aanleiding van dat verweer. Worden de bevrijdende feiten en omstandigheden aannemelijk, dan is aan de bewijsvoeringslast voldaan en realiseert het bewijsrisico zich (ten nadele van het Openbaar Ministerie): er vindt geen veroordeling plaats.

De term bewijsvoeringslast behoeft in de context van het strafproces enige nadere toelichting. De last valt uiteen in twee onderdelen: 'bewijs' en 'voering'. Het woord 'voering' ziet op de activiteit die van de verdachte en diens raadsman wordt verwacht: het gemotiveerd stellen van bevrijdende feiten en omstandigheden. De term 'bewijs' is problematisch. De verdachte hoeft niet de (hogere) lat van overtuiging van art. 338 Sv te halen (zie ook nr. 378), noch daarbij gebruik te maken van wettige bewijsmiddelen. Op dit onderdeel heeft bewijs de ruime betekenis van argumentatie.²⁰⁹

380. Waaruit het gemotiveerd stellen door de verdachte precies moet bestaan, is steeds afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Factoren als de inbedding in en de waarschijnlijkheid van de bevrijdende feiten en omstandighe-

208 Vgl. Reijntjes 1980, p. 63, 66.

209 Dit zou een reden kunnen zijn om de term 'bewijsvoeringslast' niet in de context van het strafproces te hanteren. Een (toereikend) alternatief ligt echter niet voor het oprapen. Beweren in 'beweringslast' is niet anders dan stellen (zie ook Reijntjes 1980, p. 66 en Nijboer 2000, p. 15) en schiet op die grond tekort. Hetzelfde geldt voor 'aanvoeringslast'. Vgl. Traest 1992, nr. 366. 'Aannemelijkheidslast' omvat niet de activiteit. De term 'procesrisico' (zie de noot van Schalken onder HR 18 mei 1999, NJ 2000, 104, en Nijboer 2000, p. 208) is te ruim.

den ten opzichte van de ter zitting beschikbare en vaststaande feiten en omstandigheden zijn hierop van invloed. Aan de ene kant kan de verdachte niet met het enkele stellen van een bevrijdend feit of omstandigheid volstaan, wil hij vermijden dat de strafrechter geen aanleiding ziet er zelfstandig onderzoek naar te verrichten. Hij zal het betreffende feit of de omstandigheid moeten duiden en (globaal) aan moeten geven welke gevolgen eraan moeten worden verbonden.²¹⁰ In navolging van het civiele recht kan men stellen dat het 'wat en waarom' duidelijk moet zijn (zie nr. 371). Alsdan blijkt in ieder geval de bedoeling van het verweer en wordt de rechter in staat gesteld omissies in gestelde feiten en omstandigheden zelf nader te onderzoeken. De verdachte doet er verstandig aan daarnaast ook te beargumenteren op welke wijze het feit of de omstandigheid aannemelijk kan worden. De verdachte hoeft aan de andere kant niet het wettig en overtuigend bewijs te leveren van het bevrijdende feit of de omstandigheid.

Een voorbeeld kan één en ander illustreren. Op Schiphol worden regelmatig koffers aangetroffen waarin drugs zijn verstopt. Degene aan wie de betreffende koffer toebehoort, verweert zich veelal met de stelling dat hij geen weet heeft gehad van de aanwezigheid van drugs; deze moeten door iemand anders in de koffer zijn gestopt. Voor het bewijs maakt de rechter in dergelijke gevallen soms gebruik van de ervaringsregel dat degene die zelf zijn koffer inpakt, weet wat zich in die koffer bevindt. In een arrest van de Hoge Raad uit 1998 staat een soortgelijke casus centraal.²¹¹ Een Peruaan wordt op Schiphol aangehouden omdat er in zijn koffer 23 kilo cocaïne verborgen zat. In het strafproces, waarin hij wordt vervolgd voor de opzettelijke invoer van drugs, stelt de verdachte dat hij geen weet had van de aanwezigheid van de drugs in zijn koffer. Hij vermoedt dat de Peruaanse geheime dienst om politieke redenen de drugs in zijn koffer heeft gestopt. De rechter wordt verzocht nader onderzoek te (laten) doen naar de rol van de geheime dienst in deze.²¹² Het hof acht dit verhaal hoogst onwaarschijnlijk, te algemeen en niet toegespitst op de verdachte zelf, laat het verzochte onderzoek achterwege en veroordeelt – mede op basis van de genoemde ervaringsregel – de verdachte. De Hoge Raad acht dit oordeel 'niet onbegrijpelijk'.

Naar het zich laat aanzien, heeft de verdachte in deze zaak niet aan zijn bewijsvoeringslast voldaan. Met het enkel stellen van een ander scenario – de Peruaanse geheime dienst heeft met de koffer gerommeld – kan de verdachte niet volstaan. Hij moet feiten en omstandigheden aanvoeren waaruit aannemelijk kan

210 Vgl. ook Krikke 1975, p. 417-422, en M.J. Grapperhaus & De Rooij 1989, p. 117-118.

211 HR 3 november 1998, nr. 109.289 (niet gepubliceerd). Zie voor een bespreking daarvan De Jong & Kessler 1999, p. 385-388.

212 Daarnaast verzocht de verdachte ook om onderzoek te verrichten naar vingerafdrukken op de reeds vernietigde pakketten drugs. Zie daarover De Jong & Kessler 1999, p. 386-387.

worden dat het alternatieve scenario in zijn geval van toepassing kan zijn geweest.²¹³ Alsdan ontstaat er gerede twijfel omtrent de houdbaarheid van de bewijsvoering en geldt het *in dubio pro reo*. Een andere mogelijkheid kan zijn dat de aangevoerde feiten en omstandigheden weliswaar niet aanstonds de aannemelijkheid van het andere scenario staven, maar de rechter wel de noodzaak doen inzien dat nader onderzoek moet worden gelast. Of de gerede twijfel zich ook dan voordoet, is afhankelijk van de uitkomst van dat onderzoek. Zou de verdachte kunnen volstaan met een enkel 'stellen' waarna de rechter genooddaakt zou zijn de feitelijke grondslag te onderzoeken, dan leidt dit in de praktijk tot vrijwel onmogelijke onderzoeksplichten. Het aanvoeren van onwaarschijnlijke verweren werkt in dat geval het gevaar van obstructie van de procedure in de hand.²¹⁴

381. Niettegenstaande de bewijsvoeringslast moet de rechter scherp in de gaten houden of de eisen die hij stelt aan de hoeveelheid en de aard van het materiaal dat de verdachte ter onderbouwing van een verweer moet aanvoeren teneinde de vereiste mate van aannemelijkheid te kunnen bereiken, niet even zwaar zijn als de eisen die hij stelt in het kader van de bewijslast van het Openbaar Ministerie. Het stellen van te zware eisen kan niet worden gebillijkt. Uit het verschil in de door de rechter te hanteren maatstaf volgt dat de strafrechter het materiaal aangevoerd door of namens de verdachte welwillend dient te beoordelen. Gezien het *in dubio pro reo* moet ten aanzien van de bevrijdende omstandigheden kunnen worden volstaan met een redelijke twijfel.²¹⁵

382. Uit het voorgaande blijkt dat de begrippen bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast zowel in het civiele recht als in het strafrecht vrijwel dezelfde betekenis hebben.²¹⁶ Het verschil met het civiele recht is en blijft dat bewijslast en bewijsrisico niet kan worden toegedeeld aan de verdachte. De onschuldpresumptie verhindert, zoals hieronder op grond van art. 6 lid 2 EVRM uiteen wordt gezet, dat op de verdachte de bewijslast inzake bevrijdende feiten en omstandigheden

213 De Jong & Kessler 1999, p. 387, stellen dat het '(...) extreem moeilijk [is] om aannemelijk te doen zijn, dat het vermoeden in zijn zaak niet opgaat.' De verdachte hoeft echter niet meer te doen dan een min of meer realistisch alternatief scenario te stellen. Het standpunt van De Jong & Kessler lijkt eerder te zijn gebaseerd op een zwaardere (bewijs)last voor de verdachte dan op de bewijsvoeringslast.

214 Traest 1988, p. 116.

215 Reijntjes 1980, p. 66-67.

216 Waarbij, zoals is gebleken, in het oog moet worden gehouden dat het strafproces is gericht op de vaststelling van wettig en overtuigend bewijs (in de zin van art. 338 Sv), terwijl in het civiele proces voor de vaststelling van feiten een redelijke mate van zekerheid is vereist. Zie hierover ook nr. 346.

wordt gelegd. Een omkering van de bewijslast is in het strafprocesrecht niet toelaatbaar.²¹⁷

4.4 Bewijslastverdeling in het licht van art. 6 EVRM

4.4.1 Inleiding

383. Art. 6 lid 2 EVRM bepaalt dat een ieder tegen wie een strafvervolgning is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Het EHRM heeft de inhoud van deze onschuldpresumptie als volgt omschreven:

It requires, *inter alia*, that when carrying out there duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.²¹⁸

In deze overweging komt onder andere tot uitdrukking dat het Openbaar Ministerie als vervolgende instantie de bewijslast draagt en derhalve verplicht is het benodigde bewijsmateriaal aan te voeren voor een veroordeling. Deze bewijslast wordt in een aantal uitspraken verder uitgewerkt. Hieronder geef ik een overzicht van die jurisprudentie,²¹⁹ teneinde daaruit een aantal gezichtspunten te destilleren die van belang zijn voor de toepassing van art. 6 lid 2 EVRM in ontnemingszaken. Ik merk daarbij op dat de in art. 6 EVRM besloten liggende normen *minimum*normen zijn. Het nationale recht mag – en behoort soms ook – meer te verlangen.

217 Vgl. ook Melai 1968, p. 87, Reijntjes 1980, p. 63, Koops 2000, p. 66, Nijboer 2000, p. 201, 334. Een gevolg hiervan is dat de wetgever de oplossing voor bewijsproblemen vaak zoekt in de vormgeving van het materiële recht. Zie Reijntjes 1980, p. 95-106. Een voorbeeld hiervan is het vervangen van het bestanddeel 'met verenigde krachten' door 'in vereniging' in art. 141 Sr. Het laatste zou zich makkelijker moeten laten bewijzen dan het eerste. Zie Memorie van Toelichting, TK 1998-1999, 26 159, nr. 3, p. 5-6. Verder wijs ik op de voorgestelde strafbaarstelling van het witwassen (wetsvoorstel 27 159). De voorgestelde delictsommschrijving vereist dat een voorwerp onmiddellijk of middellijk uit enig misdrijf afkomstig is. Deze ruime omschrijving beoogt mede bewijsproblemen te voorkomen. Zie noot 94.

218 EHRM 6 december 1988, Series A vol. 146, overweging 77 (Barberà, Messegué en Jabardo).

219 Zie voor een nadere uitwerking van art. 6 lid 2 EVRM: Frowein & Peukert 1996, p. 280-293, Stuckenberg 1997, p. 415-425, Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 458-463, en Tophinke 2000, *passim*.

4.4.2 De uitspraken van het EHRM

384. In de zaak *Salabiaku* staat het gebruik van wettelijke vermoedens met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid in de Franse douanewetgeving centraal.²²⁰ In het onderhavige geval werd de Zaïrees Salabiaku vervolgd wegens invoer van drugs en smokkel van verboden goederen. Salabiaku had op het vliegveld een koffer opgehaald, die, zo beweerde hij, levensmiddelen zou bevatten. Er bleken echter drugs in te zitten. Door de Franse rechter wordt Salabiaku vrijgesproken van de ten laste gelegde invoer van drugs, maar veroordeeld wegens de smokkel. Op grond van de toepasselijke Franse wetgeving kan de bezitter van goederen die niet bij de douane zijn aangegeven, strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden, tenzij hij aantoont dat er sprake is van overmacht. De rechter achtte een beroep op overmacht echter niet mogelijk, omdat Salabiaku, ondanks een waarschuwing van een beambte, niet de inhoud van de koffer had gecontroleerd.

In de Straatsburgse procedure stelt Salabiaku dat art. 6 lid 2 EVRM is geschonden omdat er tengevolge van het wettelijk vermoeden van strafrechtelijke aansprakelijkheid een welhaast onweerlegbaar vermoeden van schuld zou zijn gehanteerd. Het EHRM wijst deze stelling af. Het EVRM staat in beginsel niet in de weg aan het gebruik van *presumptions of fact or of law*. De lidstaten hebben echter ook geen onbeperkte mogelijkheden tot het in het leven roepen van dergelijke vermoedens. De woorden *according to law* in art. 6 lid 2 EVRM verwijzen namelijk niet alleen naar het nationale recht, maar tegelijkertijd naar de *rule of law*. Er gelden derhalve een aantal randvoorwaarden:

It requires States to confine them [the presumptions; MJB] within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.²²¹

Een toetsing van de concrete omstandigheden van het geval aan deze maatstaf leidt ertoe dat er in deze zaak geen schending van art. 6 lid 2 EVRM heeft plaatsgevonden. Het Franse recht biedt in de ogen van het EHRM voldoende mogelijkheden tot disculpatie. Ook de rechters die hebben geoordeeld in de strafzaak van Salabiaku '(...) were careful to avoid resorting automatically to the presumption (...)’ van de douanewet.²²²

Een toepassing van de criteria uit de zaak *Salabiaku* is te vinden in een uitspraak van het EVRM in de zaak *De Arriz Porras*, die betrekking heeft op het

220 EHRM 7 oktober 1988, Series A vol. 141-A, NJ 1991, 351, m.nt. EAA. Zie ook de zaak *Pham Hoang*, waarin het hof een vergelijkbaar oordeel uitsprekt. EHRM 25 september 1992, Series A vol. 243, NJ 1995, 593, m.nt. EAA.

221 Overweging 28.

222 Overweging 30.

in nr. 380 gegeven voorbeeld van de Peruaan die drugs in zijn koffer had verborgen.²²³ Zijn klacht dat in de nationale procedure art. 6 lid 2 EVRM was geschonden doordat hij zou hebben moeten bewijzen dat de wetenschap van de aanwezigheid van de drugs ontbrak, wordt door het hof, onder verwijzing naar de zojuist besproken zaken, afgewezen:

The Court is of the opinion that the Amsterdam Court of Appeal did not (...) operate an irrebuttable presumption of guilt contrary to that provision. Although the Court of Appeal noted that it had normally to be assumed that a person who packs his own luggage and takes it with him was aware of its contents, it had regard to the possibility that this might, depending on the circumstances, not be the case; however, in the applicant's case it did not consider that such circumstances obtained. (...) it would seem that the Court of Appeal duly weighed the evidence before it, assessed it carefully and based its findings of guilt on it; it therefore did not automatically rely on any presumptions (...).²²⁴

385. De zaak *John Murray* heeft betrekking op een Britse strafzaak waarin Murray werd veroordeeld mede op basis van zijn weigering een verklaring af te leggen.²²⁵ De toepasselijke Noord-Ierse regelgeving – het betrof hier een strafzaak tegen een vermeend IRA-lid – maakte het onder omstandigheden mogelijk dat de rechter, nadat hij de verdachte daaromtrent heeft geïnformeerd, bij de bewijsvraag conclusies mag trekken uit de weigering bepaalde verklaringen af te leggen. Tijdens het politieverhoor, waar Murray eveneens zweeg, was hij reeds gewaarschuwd voor de mogelijke consequenties van zijn zwijgen.

Murray stelt voor het Straatsburgse hof dat in de nationale procedure het zwijgrecht, het *nemo tenetur*-beginsel ('the privilege against self incrimination') en het principe dat de vervolgende instantie de bewijslast draagt, zijn geschonden. Het EHRM gaat hier niet in mee. Het hof beoordeelt de klacht in het licht van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel en stelt daarbij voorop:

Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (...). By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6.²²⁶

223 EHRM 18 januari 2000, nr. 49226/99, NJB 2000, p. 596, nr. 9.

224 Overweging 1.

225 EHRM 8 februari 1996, RJD 1996-I, p. 30-84, NJ 1996, 725, m.nt. Kn.

226 Overweging 45. Zie ook EHRM 25 februari 1993, Series A vol. 256-A, NJ 1993, 485, m.nt. Kn (Funke) en EHRM 17 december 1996, RJD 1996-VI, p. 2044-2104, NJ 1997, 699, m.nt. Kn (Saunders).

De rechtens relevante vraag is of er sprake is van 'improper compulsion' indien de mogelijkheid bestaat dat de weigering een verklaring af te leggen, voor het bewijs wordt gebruikt, ook al wordt men gewaarschuwd voor de mogelijke gevolgen van het zwijgen. In zijn algemeenheid beantwoordt het EHRM deze vraag als volgt:

On the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. On the other hand, the Court deems it equally obvious that these immunities cannot and should not prevent that the accused's silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution.²²⁷

Bij de toetsing *in concreto* moet naar het oordeel van het hof op alle omstandigheden van het geval worden gelet, maar in het bijzonder op de situaties waarin 'inferences may be drawn', het gewicht dat de rechter daaraan toekent bij de waardering van het bewijs en de mate van dwang. Een toetsing aan deze criteria brengt het EHRM tot het oordeel dat in deze zaak geen schending van art. 6 lid 1 en 2 EVRM heeft plaatsgevonden. Het hof ziet onder ogen dat in deze zaak het verbinden van conclusies aan het zwijgen, alsmede de waarschuwing daaromtrent, een zekere mate van indirecte dwang konden veroorzaken, maar directe dwang, bijvoorbeeld in de vorm van sancties, ontbrak. Er wordt verder gewezen op Britse rechtspraak waarin is bepaald dat, alvorens er gevolgen aan het zwijgen kunnen worden verbonden,

(...) the prosecutor must first establish a *prima facie* case against the accused, i.e. a case consisting of direct evidence which, if believed and combined with legitimate inferences based upon it, could lead a properly directed jury to be satisfied beyond reasonable doubt that each of the essential elements of the offence is proved (...). The question in each particular case is whether the evidence adduced by the prosecution is sufficiently strong to require an answer.²²⁸

Het hof oordeelt vervolgens dat er in deze zaak wel degelijk sprake was van een 'prima facie case', onder meer op grond van een belastende verklaring van een getuige. Meer in het bijzonder met het oog op de onschuldpresumptie merkt het EHRM nog op dat in de gegeven omstandigheden *niet* kan worden gezegd:

227 Overweging 47.

228 Overweging 51.

(...) that the drawing of reasonable inferences from the applicant's behaviour had the effect of shifting the burden of proof from the prosecution to the defence so as to infringe the principle of the presumption of innocence.²²⁹

4.4.3 Enkele vuistregels

386. Welke gevolgtrekkingen zijn mogelijk op grond van de zojuist behandelde zaken? De bijzonderheden van de jurisprudentie van EHRM laten het in elk geval niet toe om één of meerdere scherpe regels te formuleren aan de hand waarvan eenvoudig kan worden vastgesteld of een zekere bewijslastverdeling onverenigbaar is met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Niet alleen is de EHRM-rechtspraak in zijn algemeenheid sterk casuïstisch van karakter, ook kan niet geheel worden uitgesloten dat in de zaak *John Murray* de oordeelsvorming in enigerlei mate is beïnvloed door de IRA-achtergrond van de betreffende zaak.²³⁰ Daarbij concentreert het EHRM zich op de vraag of art. 6 lid 2 EVRM als *minimumnorm* is gerespecteerd.²³¹

Een andere complicatie die zich bij een generalisering van de overwegingen in de besproken zaken voordoet, betreft de betekenis van 'guilt' ('until proved guilty according to law'). In de zaak *Salabiaku* handelt het in de kern om de schuld in de zin van verwijtbaarheid, terwijl de zaak *John Murray* betrekking heeft op schuld in de zin van feitelijk daderschap (het gedaan hebben). Hoewel aangenomen mag worden dat 'guilt' beide omvat,²³² mogen de gezichtspunten uit de zaak *Salabiaku* niet zonder meer – dat wil zeggen: met een enkel beroep op die uitspraken – worden toegepast bij de vaststelling van het daderschap.

Verder wijs ik erop dat in de verschillende zaken niet exact hetzelfde soort vermoeden een rol speelt. In de zaak *Salabiaku* is er sprake van een wettelijk weerlegbaar vermoeden. Dat is naar de letter een bewijslastbepaling met betrekking tot de verwijtbaarheid: indien niet vaststaat dat er sprake is van overmacht, moet de verdachte aansprakelijk worden gehouden. Dit betekent dat in het geval van twijfel omtrent het bestaan van een overmachtsituatie (een *non liquet*), de beslissing ten nadele van de verdachte zou moeten uitvallen. Het is echter niet zeker dat het EHRM de Franse wetgeving ook zo interpreteert.²³³ Uit de uitspraak *De Arriz*

229 Overweging 54.

230 Vgl. Schalken in zijn noot onder HR 19 maart 1996, NJ 1996, 540. Vgl. meer in het algemeen Meijers 1993, p. 4-8.

231 Vgl. in dit verband Tophinke 2000, p. 191, die mijns inziens terecht wijst op de terughoudende interpretatie van art. 6 lid 2 EVRM door het EHRM.

232 Zie Frowein & Peukert 1996, p. 281-282. Terughoudender zijn Jacobs & White 1996, p. 152. Vgl. over deze kwestie ook de noot van Feteris in FED 1990, 420.

233 Het EHRM wijst er in de zaak *Salabiaku*, en overigens ook in de zaak *Pham Hoang* (zie noot 220), nadrukkelijk op dat de nationale rechter in de betreffende zaken zich niet zonder meer heeft verlaten op die vermoedens. Het hof heeft mijns inziens hiermee willen aangeven dat de nationale rechter zich heeft overtuigd van de verwijtbaarheid van het handelen van Salabiaku (en Pham Hoang).

Porras blijkt in elk geval dat de overwegingen in de zaak *Salabiaku* toepasbaar zijn op rechterlijke vermoedens. Het Britse recht in *John Murray* stond de rechter 'slechts' toe een gevolgtrekking te verbinden aan het zwijgen van de betrokkene zonder daar nader richting aan te geven. Ook dit lijkt nog het meest op (een machtiging tot het gebruik van) een rechterlijk vermoeden, waarbij het zwijgen een rol speelt tezamen met andere feitelijke omstandigheden.

387. Met inachtneming van de genoemde beperkingen zou ik de volgende samenhangende vuistregels willen noemen die relevant zijn bij de beoordeling of in een concreet geval de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM is geschonden.

Ten eerste, de bewijslast en het bewijsrisico mogen niet bij de verdachte liggen. Deze liggen bij de vervolgende instantie.²³⁴ Het is echter wel mogelijk, zij het binnen redelijke grenzen, dat de stelregel 'any doubt should benefit the accused' zo wordt toegepast dat de 'doubt' alleen een 'benefit' voor de verdachte is indien hij die 'doubt' eerst zelf veroorzaakt. Er rust in dat geval een zekere (bewijsvoerings)last op de schouders van de verdachte.²³⁵ Het gebruik van vermoedens – waarbij geen bewijslast, maar wel een bewijsvoeringslast voor de verdachte geldt²³⁶ – is derhalve mogelijk.

Ten tweede, indien de verdachte gunstige feiten en omstandigheden naar voren brengt teneinde 'doubt' te veroorzaken, moet de rechter deze feiten en omstandigheden serieus onderzoeken. Dit houdt tevens in dat hij de mogelijkheid openlaat, dat hetgeen dat wordt vermoed, zich niet verhoudt met de concrete omstandigheden van het geval. Anders gezegd: indien het vermoeden wordt aangevochten, mag de rechter dat verweer niet verwerpen door zich (wederom) op het vermoeden te verlaten.²³⁷ De redenering op basis van het vermoeden moet dus daadwerkelijk weerlegbaar zijn.

Zie ook Tophinke 2000, p. 227. Daardoor is er op dat punt geen twijfel, geen *non liquet*, ontstaan, waardoor een beslissing op basis van het bewijsrisico achterwege kon worden gelaten. Zo bezien, is de (veronderstelde) benadering van de Franse rechter in de zaak *Salabiaku* (en de zaak *Pham Hoang*) vergelijkbaar met de Nederlandse benadering van APV-bepalingen waarin tamelijk neutrale gedragingen, zoals het aanwezig hebben van plak- en bevestigingsmiddelen, strafbaar is gesteld, tenzij men kan aantonen dat het aanwezig hebben niet tot doel had om verboden plakhandelingen te verrichten. Deze weinig fraaie constructie wordt niet geïnterpreteerd als een verschuiving van de bewijslast, maar als een – dubieus geformuleerde – strafuitsluitingsgrond waarvan de verdachte niet het bewijsrisico draagt. Zie hieromtrent onder andere Reijntjes 1980, p. 106, Ter Brake 1986, p. 138-144, HR 22 maart 1988, NJ 1988, 848, en HR 28 februari 1989, NJ 1989, 687.

234 Deze bewijslast, en het daaraan verbonden bewijsrisico, houdt in dat de vervolgende instantie het bewijsmateriaal moet aandragen op grond waarvan de rechter tot een veroordeling kan komen ('a prima facie case'). Zie ook Koops 2000, p. 32. In dit opzicht bestaat er geen wezenlijk verschil met het Nederlandse strafprocesrecht (zie nr. 376-377).

235 Vgl. ook Harris, O'Boyle & Warbrick 1995, p. 243.

236 Zie nr. 374 en 379.

237 Zie ook Kristen 1998, p. 49.

Ten derde, in de procedure moeten de mogelijke consequenties van het gebruik van het vermoeden duidelijk zijn. De verdachte moet zijn verdediging met het oog daarop kunnen vormgeven. Daarbij speelt zijdelings een rol dat het gebruik van vermoedens bij wet is geregeld. Die wettelijke regeling kan immers tot de benodigde duidelijkheid bijdragen. Let wel, het enkele feit dat de wet voorziet in het gebruik van vermoedens, rechtvaardigt dat gebruik niet.²³⁸ Het gebruik van een vermoeden moet, zo kan als vierde vuistregel gelden, in overeenstemming zijn met de belangen die op het spel staan. Voor de beoordeling hiervan kan er op twee aspecten worden gewezen. Het gebruik van het vermoeden moet een noodzaak kennen, dat wil zeggen: zonder dat gebruik zouden bepaalde feitelijke vaststellingen (zeer) problematisch zijn. Voorts, de wijze waarop het vermoeden wordt gehanteerd, mag niet onredelijk bezwarend zijn voor de verdachte met het oog op de risico's die daarmee voor hem in het leven worden geroepen, waarbij te denken valt aan de aard en de zwaarte van de sanctie.²³⁹

De tweede, derde en vierde vuistregel vormen in wezen een nadere invulling van de redelijke grenzen waarbinnen de eerste vuistregel mag worden toegepast. In de tweede en derde vuistregel komen procedurele garanties naar voren, terwijl de vierde vuistregel een inhoudelijke toets vormt. Hiertussen kan enige wisselwerking plaatsvinden. Indien er gegronde redenen zijn om een wat zwaardere last op de betrokkene te laten rusten, moeten er ook hogere eisen worden gesteld aan het rechterlijk onderzoek van de stellingen van de betrokkene en aan de communicatie omtrent het gebruik van de gehanteerde vermoedens.

388. Het is, naast het formuleren van de vuistregels, ook mogelijk een voorzichtige uitspraak te doen over de procespositie van de verdachte zoals die tot uiting komt in de *case law* van het EHRM over de onschuldpresumptie. Uit die rechtspraak blijkt een zekere verantwoordelijkheid van de verdachte om ontlastende feiten en omstandigheden naar voren te brengen. Deze verantwoordelijkheid is in zeker opzicht verbonden aan de beschuldiging die wordt geuit. Het EHRM verwacht dat deze beschuldiging naar behoren wordt gestaafd, maar tevens kan uit een goed onderbouwde beschuldiging de verwachting ontstaan dat de betrokkene deze tegensprekt. De onschuldpresumptie lijkt daarmee vorm te hebben gekregen binnen het *contradictoire* geding, de gedingstructuur die een prominente plaats inneemt

238 Anders: Stuckenberg 1999, p. 446, 456, die de onschuldpresumptie als strikt procedurele waarborg beschouwt.

239 Vgl. ook overweging 47 in de zaak *Averill* (EHRM 6 juni 2000, nr. 36408/97, NJB 2000, p. 1631, nr. 33), waarin het EHRM stelt dat '(...) the extent to which adverse inferences can be drawn from an accused's failure to respond to police questioning must be necessarily limited.'

binnen de jurisprudentie van het EHRM.²⁴⁰ Vanuit het vertrekpunt van de op tegenspraak gevoerde procedure bestaat de verwachting dat een goed onderbouwde beschuldiging daadwerkelijk zal worden tegengesproken. Het is om die reden van belang de mogelijkheid tot tegenspraak met waarborgen te omkleden.

389. Uit de uitspraken van het EHRM blijkt niet of art. 6 lid 2 EVRM ook eisen stelt aan de maatstaf voor de bewijswaardering. Voor de bewijslast en het bewijsrisico is dit in zoverre van belang dat een andere, minder strenge maatstaf dan *proof beyond reasonable doubt* ertoe leidt dat het minder snel tot een *non liquet* komt (zie nr. 373). De algemene lijn in de rechtspraak van het hof is dat de inrichting van het bewijsrecht primair een nationaalrechtelijke aangelegenheid is.²⁴¹ Op grond daarvan kan men stellen dat art. 6 EVRM geen concrete eisen stelt aan de maatstaf voor de bewijswaardering.²⁴² Men dient echter wel te bedenken dat in het geval er voor een veroordeling slechts genoeg hoeft te worden genomen met een geringe mate van waarschijnlijkheid, de verplichting voor de vervolgende instantie 'to adduce evidence sufficient to convict' inhoudsloos wordt.²⁴³ Daardoor zou *de facto* de bewijslast naar de verdachte worden verschoven.²⁴⁴ Dit kan naar mijn mening zeer wel tot een schending van art. 6 lid 2 EVRM leiden. In dat opzicht is de maatstaf voor de bewijswaardering bij de toetsing aan art. 6 lid 2 EVRM een factor van belang.²⁴⁵

4.4.4 Is art. 6 lid 2 EVRM van toepassing op de oplegging van een ontnemingsmaatregel?

390. In hoofdstuk 4 is aan de orde gekomen dat de waarborgen van art. 6 EVRM in principe van toepassing zijn op de oplegging van een ontnemingsmaatregel (zie nr. 135). Daarmee staat echter nog niet de precieze betekenis van art. 6 lid 2 EVRM

240 Vgl. Haak 1996, en Tophinke 2000, p. 188. In dit verband kan ook worden gewezen op de voorstellen van het project 'Strafvordering 2001'. Daaraan ligt een contradictoire gedingstructuur ten grondslag waarin de proceshouding van de partijen, dus ook van de verdachte, mede bepalend is voor de reikwijdte van het strafvorderlijk onderzoek. Zie Groenhuijsen & G. Knigge 1999, onder andere op p. 33.

241 Zie bijvoorbeeld EHRM 20 september 1993, Series A vol. 261-C, NJ 1994, 358, m.nt. Kn, overweging 43 (Saidi). Zie voorts Tophinke 2000, p. 306-308. De ECRM oordeelt afwijzend: 'Article 6 § 2 of the Convention does not, however, lay down any specific rights in relation to the standard or burden of proof (...)' Zie ECRM 9 april 1997, RJD 1998-VII, p. 2752-2773, overweging 70 (Steel e.a.).

242 Den Hartog 1992, p. 58, en Harris, O'Boyle & Warbrick 1995, p. 244.

243 Vgl. Jacobs & White 1996, p. 150, die stellen dat de verplichting 'to adduce evidence' niet alleen 'a sufficiency of evidence' maar ook 'a degree of conclusiveness of that evidence' vereist.

244 Vgl. ook Stuckenberg 1997, p. 528-529.

245 Zie in dit verband nog Tophinke 2000, p. 313-330. Zij betoogt dat in art. 14 lid 2 IVBP wel het vereiste van *proof beyond reasonable doubt* besloten ligt, maar dat de inhoud daarvan niet strikt omlijnd is. Het gaat in elk geval om een strengere maatstaf dan *preponderance of evidence*.

bij deze oplegging vast.²⁴⁶ Immers, voor zover de ontnemingsmaatregel betrekking heeft op een feit waarvoor de betrokkene is 'convicted', komt in de ontnemingsprocedure alleen nog maar de vraag aan de orde hoeveel voordeel de betrokkene heeft genoten. Voor de tweede, de derde en de vierde variant van art. 36e Sr is een veroordeling zelfs niet nodig. Ook dan gaat het, zo zou men kunnen stellen, slechts om het bepalen van de hoogte van het bedrag van de ontnemingsmaatregel.²⁴⁷ Men zou hierbij een beroep kunnen doen op de zaak *Engel e.a.* waarin het EHRM heeft beslist dat art. 6 lid 2 EVRM geen betrekking heeft op de straftoemeting: 'As its wording shows, it deals only with the proof of guilt and not with the kind or level of punishment.'²⁴⁸ Een dergelijke redenering miskent naar mijn mening echter om de navolgende redenen de betekenis van de structuur van de beslissing tot oplegging van een ontnemingsmaatregel voor de interpretatie van art. 6 lid 2 EVRM.

In een strafrechtelijke procedure wordt onderzocht in hoeverre de beschuldiging die de vervolgende instantie heeft geuit, kan worden bewezen. In EVRM-terminologie: na de *criminal charge* komt *the proof of guilt* aan de orde. De *guilt* heeft betrekking op het daderschap van het strafbare feit zoals dat in de *charge* tot uitdrukking komt.²⁴⁹ De beschuldiging, de inhoud van de *charge*, is, nadat deze is bewezen, funderend voor het opleggen van de sanctie. Een volgende constatering die in dit kader relevant is, is dat de aard van de sanctie in hoge mate bepalend is voor de vraag of er sprake is van een *criminal charge*.²⁵⁰ Indien een bepaalde gedraging leidt tot de oplegging van een sanctie die 'deterrent and punitive' is, is het noodzakelijk, alvorens die sanctie op te kunnen leggen, dat conform art. 6 lid 2 EVRM het begaan zijn van die gedraging wordt vastgesteld. Anders gezegd: de sanctiefunderende factor – de gestelde gedraging – is, mits de sanctie 'deterrent and punitive' is, het voorwerp van bewijs conform art. 6 lid 2 EVRM.²⁵¹ Is het bewijs geleverd en gaat de rechter over tot de oplegging van de sanctie, dan speelt art. 6 lid 2 EVRM geen rol meer. In de zaak *Engel e.a.*, waarin een klacht luidde dat de nationale rechter bij de straftoemeting rekening had gehouden met strafbare

246 Vgl. in dit verband ECRM 11 september 1997, nr. 32344/96 (Elton), waarin het bewijsrecht bij de toepassing van de Engelse confiscatiesanctie aan art. 6 lid 2 EVRM wordt getoetst. Voor het Nederlandse recht biedt deze uitspraak weinig aanknopingspunten.

247 Vgl. met betrekking tot de tweede variant Knigge in zijn noot onder EHRM 9 februari 1995, NJ 1995, 606, en Keulen 1999, p. 72. Vgl. ook Feigen 1998, p. 165.

248 EHRM 8 juni 1976, Series A vol. 22, NJ 1978, 223, overweging 90. Vgl. ook EHRM 10 februari 1983, Series A vol. 58, overweging 40 (Albert & Le Compte).

249 De *charge* bestaat in wezen uit de notificatie van de vervolgende instantie dat de betrokkene wordt beschuldigd van een strafbaar feit. Zie nader Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 407-408. Waar ik hierna spreek over de inhoud van de *charge*, doel ik op de daarin besloten liggende beschuldiging.

250 Aangenomen dat het nationale recht daar zelf geen uitsluitel over geeft. Vgl. nr. 135.

251 Op grond van een soortgelijke redenering acht Den Hartog 1992, p. 216-218, art. 6 lid 2 EVRM van toepassing op de voeging ad informandum. Ook in de Duitse literatuur wordt de toepasselijkheid van de onschuldpresumptie op *Sanktionsvoraussetzungen* erkend. Zie Schulte-hinrichs 1991, p. 159 en Dannert 1998, p. 71-72.

feiten waarvoor geen vervolging was ingesteld, zegt het EHRM daar het volgende over:

As its wording shows, it deals only with the proof of guilt and not with the kind or level of punishment. It thus does not prevent the national judge, when deciding upon the penalty to impose on an accused lawfully convicted of the offence submitted to his adjudication, from having regard to factors relating to the individual's personality. (...) It was for the sole purpose of determining their punishment in the light of their character and previous record that the said Court also took into consideration certain similar, established facts the truth of which they did not challenge. The Court did not punish them for these facts in themselves (...).²⁵²

Het hof brengt in deze overweging niet meer tot uitdrukking dan dat de rechter bij de straftoemeting bevoegd is met gestelde en niet-betwiste feiten rekening te houden voor zover er geen sprake is van een afzonderlijke bestraffing van die feiten.²⁵³

391. Wat betekent het voorgaande voor de oplegging van de Nederlandse ontnemingsmaatregel? Van belang is met name wat in het kader van de ontnemingsprocedure als de inhoud van de *charge* moet worden gezien. De *charge* heeft primair betrekking op het strafbare feit dat tot de strafvervolging leidt.²⁵⁴ In de loop van de procedure kunnen er veel meer strafbare feiten worden betrokken die uiteindelijk leiden tot de oplegging van een sanctie. In een dergelijke situatie is er eigenlijk sprake van een pakket van beschuldigingen.²⁵⁵ Zo kan een verdachte worden vervolgd voor feit A, terwijl er tevens een vordering tot voordeelsontneming aanhangig wordt gemaakt voor de ontneming van voordeel uit de feiten A, B en C. Zou men van de beperkte opvatting uitgaan dat alleen feit A onderdeel uitmaakt van de *charge*, omdat alleen dit feit tot een veroordeling leidt,²⁵⁶ dan negeert men dat ook voor de feiten B en C een vaststelling van *guilt* noodzakelijk is, wil de ontnemingsmaatregel betrekking kunnen hebben op het voordeel dat uit die feiten is verkregen. Daarbij moet worden bedacht dat de ontnemingsmaatregel *criminal* van aard is. Dat volgt reeds uit de nationale classificatie, maar ook uit de aard van

252 Overweging 90.

253 Uit de in nr. 195 besproken Zegwaard-uitspraken van de ECRM blijkt dat overschrijding van die bevoegdheid geenszins ondenkbaar is.

254 Zie noot 249.

255 Zie echter met betrekking tot het vervolgingsbegrip in andere zin HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 56 (besproken in nr. 167).

256 Vgl. Wöretshofer 1999, p. 50-51, die stelt dat art. 6 lid 3 sub a EVRM (het recht geïnformeerd te worden omtrent de *accusation*) niet in de ontnemingsprocedure van toepassing is omdat niet de ontnemingsvordering maar de tenlastelegging in de hoofdzaak de *charge* is.

de sanctie.²⁵⁷ Dit leidt er toe dat de sanctiefunderende feiten en omstandigheden daadwerkelijk voorwerp moeten zijn van *the proof of guilt*. In het kader van de ontnemingsprocedure moet de ontnemingsvordering, indien deze betrekking heeft op meerdere feiten, in relatie tot de onschuldpresumptie worden beschouwd als een cumulatie of een bundel van *charges*.²⁵⁸ Alleen dan is de bescherming die art. 6 lid 2 EVRM beoogt te bieden, *practical and effective*.²⁵⁹

392. Resteert de vraag welke de feiten en omstandigheden zijn die de ontnemingsmaatregel funderen. Het is zinvol hierbij een onderscheid te maken tussen het tweede en het derde lid van art. 36e Sr. In het kader van art. 36e lid 2 Sr is in elk geval de vaststelling van het begaan zijn van de strafbare feiten waaruit het te ontnemen voordeel is verkregen, noodzakelijk. Maar daar houdt het niet bij op. Het voordeel dat de ontnemingsmaatregel beoogt te ontnemen, is, zoals aan de orde is gekomen in hoofdstuk 6, niet alleen een resultante van de strafbare gedraging zelf, maar wordt tevens bepaald door bijkomende feiten en omstandigheden. Te denken valt bijvoorbeeld aan gebeurtenissen die zich na het begaan van het strafbare feit hebben voorgedaan, en die tot vervolgprofijt hebben geleid. Ook vergt de vaststelling van het voordeel veelal een meer nauwkeurige vaststelling van het strafbare feit dan in de hoofdzaak is vereist. Zo wordt de hoogte van het voordeel dat is behaald door middel van de strafbare overtreding van milieuvoorschriften, hoofdzakelijk bepaald door de duur en de intensiteit van de overtreding. Deze hoeven in de hoofdzaak slechts globaal vast komen te staan, terwijl voor de voordeelsberekening een tamelijke precieze vaststelling is vereist. Dit betekent dat ook indien het begaan van het strafbare feit reeds in de hoofdzaak is vastgesteld (eerste variant), een nader feitenonderzoek noodzakelijk kan zijn (zie ook nr. 326).

De bijzondere structuur van art. 36e lid 3 Sr, zoals beschreven in dit hoofdstuk, brengt met zich mee dat de straffundering wordt gevormd door het verkrijgen van voordeel uit strafbare feiten, ongeacht of de betrokkene die feiten zelf heeft begaan. De straffunderende feiten en omstandigheden zijn de handelingen waardoor dat wederrechtelijk voordeel in de handen van de betrokkene is gekomen. Deze criminele betrokkenheid maakt de ontneming van het verkregen voordeel mogelijk.

257 Zie nr. 135 en 136.

258 De argumentatie en de uitkomst in de hoofdtekst stemmen overeen met het concept van een cumulatie of een bundel van vervolgingen, zoals dat met betrekking tot art. 68 lid 1 Sr uiteen is gezet. Zie nr. 169.

259 In de rechtspraak van het EHRM komt met regelmaat de overweging voor dat het EVRM beoogt bescherming te bieden door het toekennen van rechten die *practical and effective* zijn (en niet *theoretical and illusory*). Dit staat bekend als het effectiviteitsprincipe. Zie Merrills 1995, p. 98-102, en Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 74-76. Zie voor een voorbeeld met betrekking tot art. 6 lid 2 EVRM: EHRM 10 februari 1995, Series A vol. 308, NJ 1997, 523, m.nt. EJD, overweging 35 (Allenet de Ribemont).

Naar het oordeel van de minister kan daarbij worden volstaan met de vaststelling van een patroon van criminele betrokkenheid (zie nr. 151).

393. De straffunderende feiten en omstandigheden zijn in het kader van de oplegging van een ontnemingsmaatregel, zo volgt uit het voorgaande, allereerst het begaan van het strafbare feit zelf dan wel het verkrijgen van voordeel uit andere strafbare feiten, en daarnaast die feiten en omstandigheden die rechtstreeks van invloed zijn op de hoogte van het behaalde voordeel. Voor zover met betrekking tot deze feiten en omstandigheden vermoedens worden gehanteerd, behoren deze te voldoen aan de vereisten van art. 6 lid 2 EVRM. Er kan verder nog op feiten en omstandigheden worden gewezen die van invloed kunnen zijn op het uiteindelijke bedrag van de ontnemingsmaatregel, maar die niet als funderende feiten en omstandigheden moeten worden aangemerkt, omdat deze 'slechts' betrekking hebben op de (discretionaire) bevoegdheid van de rechter om het bedrag te matigen. Ik denk hierbij onder andere aan de financiële positie van de betrokkene in het kader van een draagkrachtverweer. Het komt mij voor dat dergelijke feiten en omstandigheden niet zijn onderworpen aan de vuistregels die zich uit art. 6 lid 2 EVRM laten afleiden.

4.5 Samenvatting

394. In de inleiding van deze paragraaf heb ik gewezen op de drie referentiepunten die de minister noemt met betrekking tot de door hem voorgestane mogelijkheid van een bewijslastverdeling (zie nr. 369). Alvorens de bewijslastverdeling bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel nader uit te werken, vat ik de bevindingen samen.

Het eerste referentiepunt is de bewijslastverdeling in het civiele recht. In deze paragraaf is gebleken dat deze bewijslastverdeling betrekking heeft op het toedelen van de bewijslast met het daaraan gekoppelde bewijsrisico. Deze bewijslast rust in beginsel op degene die bepaalde feiten stelt, maar er kan op grond van art. 177 Rv een omkering van die bewijslast plaatsvinden. Van de bewijslast en het bewijsrisico is de bewijsvoeringslast te onderscheiden. De bewijsvoeringslast behoort, strikt genomen, niet tot het terrein van de bewijslastverdeling, maar deze speelt een rol bij het gebruik van rechterlijke vermoedens.

Het tweede referentiepunt is strafrechtelijk van aard en heeft betrekking op het beroep van een verdachte op een exceptie. Uit de beschrijving van het strafrechtelijk bewijsrecht blijkt dat de begrippen bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast zowel in het civiele recht als in het strafrecht vrijwel dezelfde betekenis hebben. Een belangrijk verschil is echter dat het toedelen van de bewijslast en het bewijsrisico aan de verdachte niet tot de mogelijkheden behoort.

Het beroep van een verdachte op een exceptie moet dan ook in verband worden gebracht met de bewijsvoeringslast.

Het derde referentiepunt betreft de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Uit de besproken uitspraken van het EHRM kan worden afgeleid dat deze verdragsbepaling in de weg staat aan het toedelen van de bewijslast en het bewijsrisico aan de verdachte. Een bewijsvoeringslast is, mits er aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan, wel toelaatbaar. Daarnaast is gebleken dat de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM van toepassing is op de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Indien de ontnemingsvordering betrekking heeft op meerdere feiten, moet deze vordering als een cumulatie of een bundel van *charges* worden beschouwd.

5 De bewijslastverdeling bij toepassing van art. 36e Sr

5.1 Inleiding

395. De precieze betekenis van de door de minister voorgestane bewijslastverdeling is, tengevolge van de onduidelijke betekenis van het aannemelijkheids criterium (zie nr. 367), niet duidelijk. Het is echter mogelijk die betekenis aan de hand van de uitwerking van de door hem genoemde referentiepunten te construeren. Het uitgangspunt hierbij zou naar mijn mening de stelling van de minister moeten zijn dat art. 36e lid 3 Sr geen omkering maar 'slechts' een verdeling van de bewijslast inhoudt (zie nr. 358 en 361). In de vorige paragraaf is gebleken dat in het civiele recht de bewijslastverdeling de mogelijkheid van een omkering van de bewijslast omvat. Het is daarom onwaarschijnlijk dat de minister, ook al verwijst hij naar het civiele recht, daadwerkelijk een bewijslastverdeling naar civielrechtelijk model (in het bijzonder art. 177 Rv) op het oog heeft.

Een andere interpretatie is dat de bewijslastverdeling die de minister voor ogen heeft, in wezen het gebruik van vermoedens betreft.²⁶⁰ De bewijslastverdeling verwijst in dat geval naar de verwachting die ten opzichte van de betrokkene bestaat om twijfel te zaaien omtrent hetgeen ten nadele van hem (voorhands) wordt vastgesteld. Deze verwachting hangt samen met het gebruik van vermoedens door de rechter, terwijl het Openbaar Ministerie bij de bewijsvoering daarop anticipeert. In dit stramien is de 'bewijslast tot disculpatie' te beschouwen als een bewijsvoeringslast die op de betrokkene rust. De betrokkene wordt in de gelegenheid gesteld

260 Deze constatering geldt in een breder verband. In de strafrechtelijke literatuur wordt wel vaker over een bewijslastverdeling (of daarop gelijkende termen) gesproken, waar eigenlijk het gebruik van vermoedens wordt bedoeld. Zie in het kader van de ontnemingsmaatregel bijvoorbeeld Hofstee in T&C Sr 2000, aant. 5d op art. 36e. Buiten dat kader bijvoorbeeld Schalken 1999, p. 300, 306, Schaap 1999, p. 426, 452, 482, en Koops 2000, p. 68.

feiten en omstandigheden aan te dragen die twijfel zaaien omtrent hetgeen dat wordt vermoed. Slaagt hij daarin, dan wordt de vordering van het Openbaar Ministerie afgewezen.

De tweede interpretatie sluit niet alleen aan bij de verwijzing naar het beroep op een exceptie in een strafzaak (zie nr. 361), maar laat zich in beginsel ook verenigen met art. 6 lid 2 EVRM. Deze verdragsbepaling, die van toepassing is op de oplegging van een ontnemingsmaatregel, staat een omkering van de bewijslast niet toe. De minister wenst, terecht, niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM te handelen.²⁶¹

396. In deze paragraaf werk ik, aan de hand van de vuistregels die zich uit de eerder besproken uitspraken van het EHRM laten afleiden, de bewijslast en het bewijsrisico van het Openbaar Ministerie en de bewijsvoeringlast van de betrokkene bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel verder uit. Die uitwerking heeft niet enkel betrekking op het derde lid van art. 36e Sr, maar tevens op het tweede lid. In paragraaf 2.6.3 is immers gebleken dat ook art. 36e lid 2 Sr het gebruik van vermoedens toelaat. Het is dan zaak dat het gebruik hiervan, mede gelet op de bewijsvoeringslast die daarbij een rol speelt, in overeenstemming is met art. 6 lid 2 EVRM. Voorafgaand aan deze uitwerking sta ik stil bij de rechtspraak van de Hoge Raad op dit terrein.

5.2 *De bewijslastverdeling bij toepassing van art. 36e Sr in de visie van de Hoge Raad*

397. Tot op heden is er weinig jurisprudentie voorhanden met betrekking tot de bewijslast bij toepassing van art. 36e Sr. Een uitzondering vormt een arrest van de Hoge Raad van 5 december 1995.²⁶² In deze zaak wordt door de betrokkene onder meer aangevoerd dat de onschuldpresumptie is geschonden, omdat de opgelegde ontnemingsmaatregel betrekking heeft op soortgelijke feiten. De Hoge Raad merkt allereerst op dat art. 6 lid 2 EVRM en art. 14 IVBP voorschrijven dat de bewijsvoering moet '(...) voldoen aan de dienaangaande in de desbetreffende Staat bestaande regelen.' De Hoge Raad overweegt vervolgens:

De enkele omstandigheid dat in het verband van de regeling met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel als wettig vereiste voor het bewezen zijn van soortgelijke feiten als bedoeld in art. 36e, tweede lid, Sr geldt dat voldoende aanwijzingen bestaan dat die feiten door de betrokkene zijn begaan, en voor het bewezen zijn van andere feiten als bedoeld

²⁶¹ Memorie van Toelichting, p. 63.

²⁶² HR 5 december 1995, NJ 1996, 411, m.nt. Sch, JOW 1996, 171.

in art. 36e, derde lid, Sr geldt dat die feiten aannemelijk zijn – zodat de in art. 338 tot en met 344a Sv vervatte bewijsvoorschriften daarop niet van toepassing zijn – brengt niet mee dat toepassing van die regeling onverenigbaar is met het in de evenvermelde verdragsbepalingen neergelegde beginsel. Ook de aangevoerde omstandigheid dat, indien de officier van justitie het genoten voordeel aannemelijk heeft gemaakt, het aan de verdachte (veroordeelde) is, die vordering gemotiveerd te bestrijden, brengt dat niet mee. Nu geen bijzondere omstandigheden zijn aangevoerd op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat in de onderhavige zaak het evenbedoelde beginsel [de onschuldpresumptie; MJB] toch is geschonden (...) faalt de (...) klacht (...).

Het lijkt hier wellicht om een tamelijk principiële overweging te gaan, maar het tegendeel is waar. De Hoge Raad stelt in wezen enkel dat het hanteren van wettelijke bewijsregels die afwijken van art. 338-344a Sv, niet *eo ipso* in strijd komt met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Dit is een waarheid als een koe. Het EVRM schrijft immers geen enkel concreet bewijsstelsel voor. De vraag is echter of de bewijslevering in een concrete ontnemingsprocedure in strijd met de genoemde verdragsbepalingen komt. Aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden bepaald of de betrokkene inderdaad niet was gehouden om zijn onschuld te bewijzen alsmede dat hij zich adequaat heeft kunnen verdedigen (zie nr. 387).²⁶³ In dat kader is relevant welke vereisten er worden gesteld aan het door het Openbaar Ministerie te leveren bewijs, alsmede aan de gemotiveerde bestrijding door de betrokkene. De abstracte bewoordingen van de Hoge Raad maken echter niet duidelijk wat die vereisten zijn. Dit arrest is dan ook weinig richtinggevend.²⁶⁴

5.3 Art. 36e lid 2 Sr

398. Bij de toepassing van art. 36e lid 2 Sr kan de rechter gebruik maken van bewijsvermoedens. Indien bijvoorbeeld de opbrengst die de betrokkene met de verkoop van een hoeveelheid drugs heeft behaald, niet kan worden vastgesteld, kan de rechter die opbrengst met behulp van objectieve gegevens vaststellen. Die

263 Vgl. bijvoorbeeld overweging 30 van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Salabiaku*. Vgl. ook de noot van Schalken onder HR 5 december 1995, NJ 1996, 411.

264 Het valt overigens nog op dat de Hoge Raad niet de derde variant noemt (de niet-soortgelijke feiten). Hieraan hoeft naar mijn mening geen betekenis te worden gehecht. Ontneming van voordeel dat uit deze feiten is verkregen, is eveneens pas mogelijk indien er voldoende aanwijzingen bestaan dat de betrokkene de feiten heeft begaan. Enigszins anders oordeelt Fokkens 1999, p. 19-20. Het ontnemen van voordeel uit niet-soortgelijke feiten die niet in de hoofdzaak aan de orde zijn geweest, staat volgens hem op gespannen voet met de onschuldpresumptie. Fokkens lijkt echter het criterium van de voldoende aanwijzingen een heel minimale inhoud toe te kennen. Zijn opvatting impliceert voorts – ten onrechte – dat soortgelijkheid van feiten een (bewijsrechtelijke) waarborg vormt bij de vaststelling van het begaan zijn van die feiten.

gegevens kunnen bijvoorbeeld berusten op een analyse van verkoopprijzen die bij andere transacties zijn vastgesteld (zie nr. 352). Aan de hand van de vuistregels die aan de EHRM-uitspraken zijn ontleend, kan nader worden onderzocht of het gebruik van dergelijke bewijsvermoedens niet in strijd komt met art. 6 lid 2 EVRM.

399. Allereerst is het van belang te constateren dat bij het gebruik van vermoedens de bewijslast en het bewijsrisico bij het Openbaar Ministerie liggen. Het Openbaar Ministerie moet het bewijs van alle relevante feiten en omstandigheden leveren, daaronder begrepen het bewijs van de hulpfeiten waarop het vermoeden wordt gebaseerd. Het gebruik van een vermoeden houdt enkel verband met de bewijswaardering. Van de betrokkene wordt tot op zekere hoogte verwacht dat hij, indien naar zijn mening daartoe aanleiding is, twijfel zaait over de toepasselijkheid van hetgeen wordt vermoed. Hij kan bijvoorbeeld wijzen op specifieke feiten en omstandigheden die aan het gebruik van het vermoeden in weg staan, of – meer in het algemeen – op de ondeugdelijkheid van de gehanteerde objectieve gegevens. Kortom: op de betrokkene rust geen bewijslast, maar een bewijsvoeringslast. Deze wijkt in essentie niet af van de bewijsvoeringslast die in het ‘gewone’ strafproces valt waar te nemen (zie nr. 379).

400. Indien de betrokkene twijfel tracht te zaaien door voor hem gunstige feiten en omstandigheden aan te voeren, mag van de rechter worden verwacht, gelet op de tweede vuistregel, dat hij daar serieus aandacht aan besteedt en, indien nodig, nader onderzoek verricht of laat verrichten (op grond van art. 511e lid 3 Sv). Constateert de rechter vervolgens dat de aangevoerde feiten en omstandigheden hetgeen dat wordt vermoed, inderdaad in twijfel trekt, dan is het gebruik van het vermoeden niet (langer) mogelijk. In die zin kan men, op gelijke wijze als in het ‘gewone’ strafproces, zeggen dat een verweer van de betrokkene slaagt indien de feiten en omstandigheden waarop een beroep is gedaan, ‘aannemelijk zijn geworden’ (zie nr. 378). Dit betekent dat er met betrekking tot de voor de betrokkene gunstige feiten en omstandigheden meer twijfel toelaatbaar is dan in relatie tot de bewijsvoering van het Openbaar Ministerie geldt.

Het Nederlandse recht gaat op dit onderdeel – het rechterlijk onderzoek ten gunste van de betrokkene – overigens verder dan op grond van de geformuleerde vuistregels is vereist. Niet alleen behoort de ontnemingsrechter de stellingen van de betrokkene serieus in overweging te nemen, hij kan ook ambtshalve nader onderzoek (laten) doen. Indien bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie een voordeelsberekening presenteert waarin gebruik is gemaakt van vermoedens, is de rechter binnen redelijke grenzen gehouden, ook al zwijgt de betrokkene, nader

te onderzoeken of dat gebruik in de concrete zaak verantwoord is.²⁶⁵ Deze ambtshalve onderzoeksplicht kan worden gebaseerd op het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel. De rechter is er verantwoordelijk voor dat de op te leggen ontnemingsmaatregel zoveel mogelijk het voordeel omvat dat daadwerkelijk is verkregen. Dit betekent dat in het geval de betrokkene geen kosten heeft aangevoerd, maar de rechter het op basis van het dossier wel aannemelijk acht dat deze zijn gemaakt, met deze kosten rekening moet worden gehouden.²⁶⁶ De hoogte van de kosten kan eventueel met behulp van een vermoeden worden bepaald.

401. De derde vuistregel – de mogelijke consequenties van het gebruik van vermoedens moeten met het oog op een adequate verdediging duidelijk zijn voor de betrokkene – stuit op enige, niet onoverkomelijke problemen. In nr. 353 ben ik ingegaan op de wijze waarop de objectieve gegevens die ten grondslag worden gelegd aan het vermoeden, onderwerp van de discussie kunnen vormen. Ik heb geconstateerd dat er zich een complicatie voordoet in het geval de rechter ambtshalve een vermoeden wil hanteren. Hoewel het van groot belang is dat de rechter de daartoe benodigde objectieve gegevens ter sprake brengt, handelt hij daardoor mogelijkwerijs in strijd met art. 271 lid 2 jo. 511d lid 1 Sv.

In het civiele proces doet een dergelijke complicatie zich niet snel voor. Dat is niet alleen het gevolg van het ontbreken van een voorschrift in de trant van art. 271 lid 2 Sv,²⁶⁷ maar het houdt met name verband met de mogelijkheid van het wijzen van een tussenvonnis (een interlocutoir). In dit tussenvonnis kan de rechter het bewijs van bepaalde feiten met behulp van een vermoeden aannemen. Deze bewijsbeslissing is in principe niet definitief. De rechter stelt de partij in wiens nadeel wordt beslist, in de gelegenheid tegenbewijs te leveren. Daartoe geeft hij deze partij een bewijsopdracht.²⁶⁸

Het valt te betreuren dat in de ontnemingsprocedure een soortgelijke mogelijkheid niet bestaat, omdat het de betrokkene beter in staat zou stellen zijn

265 Anders: Reijntjes & Wöretshofer 1999, p. 766, die stellen dat in de ontnemingszaken niet-uitsproken feiten geacht worden vast te staan. Zij lijken daarmee – ten onrechte – het voorschrift van art. 176 lid 1 Rv van (overeenkomstige) toepassing te willen verklaren.

266 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Den Haag 18 januari 1995, JOW 1996, 81. Van het Openbaar Ministerie mag eveneens worden verwacht dat het tijdens het voorbereidend onderzoek en het onderzoek ter zitting alert is op ontlastende feiten en omstandigheden, zoals kosten, en deze zo nodig nader onderzoekt.

267 Al biedt art. 6 lid 1 EVRM uiteraard wel bescherming tegen een partijdig optreden van de burgerlijke rechter ter zitting. Vgl. P. Smits 1996, p. 285-289.

268 Art. 46 lid 1 Rv. Zie nader Asser 1992, nr. 12, en Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 74. Een bewijsopdracht is overigens geen rechtens afdwingbare beslissing. Voldoet men echter niet aan de bewijsopdracht, dan wordt hetgeen dat wordt vermoed, een definitief oordeel.

verdediging adequaat vorm te geven.²⁶⁹ Men kan echter niet stellen dat thans de verdedigingsrechten door het ontbreken van de mogelijkheid van een interlocutoir per definitie onevenredig worden verkort. Het gaat er uiteindelijk om of in de concrete procedure de objectieve gegevens die de rechter aan de beslissing ten grondslag legt, in voldoende mate tijdens de zitting ter sprake zijn gekomen, bijvoorbeeld naar aanleiding van de financiële rapportage die door het Openbaar Ministerie wordt overlegd.

402. Een tweede knelpunt wordt gevormd door een beperking die zich kan voordoen met betrekking tot de verklaringsvrijheid van de betrokkene. De ontnemingswetgeving gaat uit van een gescheiden behandeling van de strafzaak en de ontnemingsprocedure. In de praktijk vindt er echter veelal een gelijktijdige behandeling plaats.²⁷⁰ Het is denkbaar dat de verdachte in de hoofdzaak het begaan van het ten laste gelegde strafbare feit ontkent, maar, indien het tot een veroordeling en daarmee tot een ontnemingsprocedure komt, wel bereid is om een verklaring af te leggen in deze procedure. Deze verklaring zou bijvoorbeeld betrekking kunnen hebben op de kosten die hij heeft gemaakt bij het begaan van het eerder ontkende feit. Bij gelijktijdige behandeling van de hoofd- en de ontnemingszaak is een dergelijke ambivalente opstelling nauwelijks denkbaar.²⁷¹ De betrokkene moet hierdoor of consequent blijven ontkennen, waardoor hij echter ten aanzien van het gebruik van een vermoeden nauwelijks twijfel zal kunnen zaaien, of hij voelt zich gedwongen in de hoofdzaak een bekenkende houding aan te nemen. De vraag is of dit een *onacceptabele* beperking van de verklaringsvrijheid van de betrokkene inhoudt.

De beoordeling van die vraag moet plaatsvinden in het licht van het *nemo tenetur*-beginsel. Men zou kunnen stellen dat de betrokkene in een situatie wordt geplaatst waarin het gebruik van vermoedens leidt tot een feitelijk dwang tot zelf-incriminatie. Deze dwang bestaat eruit dat indien hij geen bekenkende houding aanneemt in de hoofdzaak, geen adequate verdediging mogelijk is in de ontnemingszaak. Het *nemo tenetur*-beginsel staat, gelet op de wijze waarop het EHRM dit opvat,²⁷² in de weg aan 'improper compulsion', dat wil zeggen: een mate of vorm

269 Vgl. in dit verband Schalken 1999, p. 306-307, die met betrekking tot het gebruik van vermoedens een 'bewijsprotocol' voorstelt. Dit protocol zou onder meer moeten voorschrijven dat de verdachte wordt gewezen op de consequenties van zijn proceshouding.

270 Nelen & Sabee 1998, p. 101-102, 183-184. Zie ook HR 19 maart 1996, NJ 1997, 60, m.nt. Kn.

271 Zie Van der Landen & Simmelink 1997, p. 158-159, Van der Meer 1998, p. 119, Nelen & Sabee 1998, p. 178-179, en Wöretshofer 1999, p. 45.

272 Tot de erkenning van het *nemo tenetur*-beginsel door het EHRM luidde de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat '(...) in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel [is] verankerd dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal.' Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 1984, NJ 1985, 176. Sinds die erkenning zoekt de Hoge Raad aansluiting bij de rechtspraak van het EHRM. Zie HR 30 september 1997, NJ 1998, 104, HR 21 oktober 1997, NJ

van dwang die leidt tot aantasting van de betrouwbaarheid van de waarheidsvinding ('avoiding miscarriages of justice') en het recht op een eerlijk proces.²⁷³ Deze dwang kan bestaan uit een wettelijke, afdwingbare plicht tot verklaren,²⁷⁴ dan wel het verbinden van vergaande bewijsrechtelijke consequenties aan het niet-vrijwillig afleggen van een verklaring.²⁷⁵

Hoewel niet kan worden ontkend dat er in de hierboven geschetste omstandigheden zich een zekere beperking van de verklaringsvrijheid voordoet, is er strikt genomen geen sprake van 'improper compulsion'.²⁷⁶ De dwang die de betrokkene kan ervaren, is niet het gevolg van een wettelijke, afdwingbare plicht tot verklaren, of van het verbinden van vergaande consequenties aan het zwijgen. Het is enkel het gevolg van de toepassing van een rechterlijk vermoeden. Mits die toepassing behoedzaam geschiedt, dat wil zeggen: op basis van deugdelijke objectieve gegevens, heeft het gebruik van een vermoeden niet de strekking de betrokkene te benadelen in reactie op zijn ontkennende houding.

De inperking van de verklaringsvrijheid ondergaat, is dus relatief gering. Het gaat hoofdzakelijk om een beperking in de verdedigingsstrategie. Ervan uitgaande dat de betrokkene in staat is geweest, met behulp van een advocaat, om de consequenties van zijn proceshouding te overzien,²⁷⁷ is een dergelijke inperking vanuit het perspectief van art. 6 EVRM toelaatbaar.²⁷⁸ Dit neemt niet weg dat er op grond van het nationale recht hogere eisen kunnen en mijns inziens ook moeten worden gesteld.²⁷⁹ De rechter kan de betrokkene immers tegemoet komen door, op verzoek van de verdediging, de ontnemingszaak enige tijd aan te houden.²⁸⁰

1998, 173, en HR 22 juni 1999, NJ 1999, 648.

273 Zie naast de zaak *John Murray* (besproken in nr. 385), overweging 45, ook EHRM 25 februari 1993, Series A vol. 256-A, NJ 1993, 485, m.nt. Kn (Funke), overweging 44, EHRM 17 december 1996, RJD 1996-VI, p. 2044-2104, NJ 1997, 699, m.nt. Kn (Saunders), overweging 68, en EHRM 20 oktober 1997, RJD 1997-VI, p. 2159-2187, NJ 1998, 758, m.nt. Kn (Serves), overweging 46. Zie over deze jurisprudentie, en de receptie daarvan in het Nederlandse strafprocesrecht, Rozemond 1998, p. 314-330, en Hartmann 1998, p. 81-84, 93-98.

274 Vgl. overweging 46 in de zaak *Serves*, waar het EHRM overweegt dat het recht om gevrijwaard te blijven van zelf-incriminatie '(...) presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the "person charged" (...) (mijn cursivering; MJB). Een dergelijke methode zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit het voorstel van de RAC-werkgroep om in een ontnemingsprocedure de betrokkene als getuige te horen. Zie nr. 75.

275 Vgl. overweging 47 in de *John Murray* uitspraak (geciteerd in nr. 385).

276 Vgl. ook HR 5 december 1995, NJ 1996, 411, m.nt. Sch.

277 Het belang hiervan komt tot uitdrukking in de zaak *John Murray*, waar het EHRM geen schending van art. 6 leden 1 en 2 EVRM constateert, maar wel van art. 6 lid 3 sub c EVRM, omdat de betrokkene in onvoldoende mate de bijstand van een advocaat had kunnen krijgen. Zie over het belang van voldoende inzicht in de consequenties van een gekozen proceshouding nader Rozemond 1998, p. 312-313, 324-325, en Schalken 1999, p. 306-307.

278 In deze zin ook A-G Fokkens in zijn conclusie voor HR 5 december 1995, NJ 1996, 411, m.nt. Sch.

279 Het EVRM voorziet immers in minimale normen van rechtsbescherming. Zie nr. 383.

280 Zo ook Van der Landen & Simmelink 1997, p. 159, Van der Meer 1998, p. 119, en Keulen 1999, p. 308-309.

Hierdoor is er geen sprake meer van een gezamenlijke behandeling, maar vindt de behandeling van de ontnemingsvordering plaats nadat de rechter in de hoofdzaak uitspraak heeft gedaan.

403. Het vierde en laatste criterium waaraan het gebruik van vermoedens moet worden getoetst, is de redelijkheid van dat gebruik gelet op de belangen die op het spel staan. Daarbij moet in elk geval worden gelet op de noodzaak van het gebruik van de vermoedens en op de mogelijke risico's die de betrokkene loopt.

Naar mijn mening moet het gebruik van vermoedens bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel op basis van art. 36e lid 2 Sr allereerst worden beperkt tot de onderdelen ten aanzien waarvan specifieke bewijsproblemen bestaan (zie nr. 347). Daarbij is met name relevant dat het om een graduele vaststelling gaat. Hierdoor is het risico voor de verdachte beperkt tot een te lage of te hoge vaststelling van de omvang van bepaalde gegevens (zoals de hoeveelheid transacties en het bedrag van opbrengsten of kosten). De rechter kan dit risico vervolgens zo veel mogelijk inperken door in het geval een bepaalde vaststelling alleen binnen een bepaalde bandbreedte mogelijk is, van de voor de betrokkene meest gunstige waarden uit te gaan.²⁸¹ Daarnaast moet de rechter nagaan of de objectieve gegevens waarop hij het bewijsvermoeden wil baseren, deugdelijk zijn. Indien aan deze randvoorwaarden wordt voldaan, kan het gebruik van vermoedens als redelijk gelden.

Indien aan alle hiervoor gestelde randvoorwaarden wordt voldaan, is het gebruik van bewijsvermoedens bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel op grond van art. 36e lid 2 Sr niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM.

5.4 Art. 36e lid 3 Sr

5.4.1 Het bewijsthema van art. 36e lid 3 Sr

404. Indien het Openbaar Ministerie een ontnemingsvordering op basis van art. 36e lid 3 Sr instelt, berust deze vordering in wezen op twee samenhangende vermoedens. Allereerst bestaat er het vermoeden dat de betrokkene naast het feit waarvoor hij is veroordeeld, meer strafbare feiten heeft begaan, dan wel dat hij betrokken is geweest bij het begaan van strafbare feiten. Die betrokkenheid bestaat in elk geval uit het aannemen van het uit die feiten verkregen voordeel. Daarnaast wordt vermoed dat het vermogen van de betrokkene geheel of gedeeltelijk verkregen is door het begaan van of betrokken zijn bij strafbare feiten. In rechte komt, mede gelet op de wijze waarop de Ontnemingsrichtlijn gestalte geeft aan

²⁸¹ Zie voor het Duitse recht Hellmann 1997, p. 524. Vgl. ook de in nr. 341 behandelde jurisprudentie, waaruit blijkt dat deze lijn slechts ten dele in de rechtspraak wordt gevolgd.

de uitlatingen van de minister (zie nr. 363), alleen het tweede vermoeden naar voren. De bewijsvoering heeft immers alleen betrekking op het niet-kunnen aanwijzen van legale bronnen van inkomsten die het totale vermogen kunnen verklaren. Kortom, op basis van een onderzoek naar de verhouding tussen het totale vermogen en de (aantoonbare) legale activiteiten van de betrokkene, wordt een oordeel geveld over zijn illegale activiteiten en de daaraan gerelateerde inkomsten. Er behoeft geen rechtstreeks bewijs van het begaan zijn van strafbare feiten of de betrokkenheid daarbij geleverd te worden. Maar moet de betrokkene niet voor onschuldig worden gehouden totdat de aantijgingen jegens hem zijn komen vast te staan? Of behelst art. 36e lid 3 Sr de plicht voor de betrokkene zijn onschuld te bewijzen teneinde de oplegging van de ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr af te wenden?

De rechter moet, zo luidt ook het standpunt van de minister, bij de oplegging van art. 36e lid 3 Sr binnen de uit art. 6 lid 2 EVRM voortvloeiende grenzen blijven. Hij mag zich, kort gezegd, slechts in redelijke mate bedienen van weerlegbare vermoedens die bovendien geen afbreuk doen aan de mogelijkheden tot een adequate verdediging. In het navolgende onderzoek ik in hoeverre het mogelijk is een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr binnen die grenzen op te leggen. Daaraan voorafgaand besteed ik aandacht aan het *erweiterte Verfall*. In de Duitse literatuur en rechtspraak is namelijk een discussie gaande geweest in hoeverre deze sanctie zich verhoudt met de onschuldpresumptie. Hierin kunnen aanknopingspunten worden gevonden die voor de toepassing van art. 36e lid 3 Sr van belang zijn.

5.4.2 Bewijslastverdeling bij het 'erweiterte Verfall'

405. Indien een verdachte wordt veroordeeld wegens een daartoe aangewezen strafbaar feit, moet de rechter de ontneming van bezittingen van de betrokkene gelasten '(...) wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind' (§ 73d Abs. 1 StGB). Aan dit *erweiterte Verfall* ligt een vergelijkbare gedachte ten grondslag als aan art. 36e lid 3 Sr: het verkrijgen van bepaalde vermogensbestanddelen kan niet aantoonbaar worden herleid naar concrete strafbare feiten, maar alle omstandigheden wijzen erop dat de betrokkene uit (onbepaalde) strafbare feiten een zeker vermogen heeft verworven. Anders gezegd: het *erweiterte Verfall* beoogt, evenals de ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr, een bewijsverlichting aan te brengen teneinde een financiële aderlating voor ernstige vormen van (georgani-

seerde) criminaliteit mogelijk te maken.²⁸² De Duitse wetgever denkt daarbij ook aan het voorkomen van herinvestering van dat wederrechtelijk vermogen teneinde het begaan van nieuwe strafbare feiten mogelijk te maken.²⁸³

Voor de toepassing van het *erweiterte Verfall* hoeft, aldus de toelichting van de regering, de rechter niet te overtuigd te zijn van de herkomst van de betreffende voorwerpen, maar volstaat dat de omstandigheden de veronderstelling rechtvaardigen dat er sprake is van een illegale herkomst.²⁸⁴ Het gaat daarbij niet om de enkele verdenking van een wederrechtelijke herkomst, maar om een '(...) ganz hohe Wahrscheinlichkeit (...) daß sich die rechtswidrige Herkunft für einen objektiven Beobachter geradezu aufdrängt'.²⁸⁵ In zijn oordeelsvorming moet de rechter acht slaan op alle feiten en omstandigheden met betrekking tot de inkomsten en de vermogenssituatie van de betrokkene, voor zover hij die redelijkerwijs kan vaststellen. Daarbij kan de rechter acht slaan op een wanverhouding tussen het aangetroffen vermogen en de legale inkomsten.²⁸⁶ In elk geval moet hij al hetgeen waarvan hij een legale herkomst heeft kunnen vaststellen, buiten het *erweiterte Verfall* houden.²⁸⁷

Voor de toepassing van het *erweiterte Verfall* volstaat dus de ongespecificeerde vaststelling van een relatie tussen de voorwerpen en de wederrechtelijke bron. De regering onderkent dat dit als gevolg kan hebben dat, in het geval bij eenzelfde persoon opvolgend voorwerpen worden ontnomen op basis van § 73d StGB, er dubbeltellingen plaatsvinden. In een dergelijke situatie is de rechter verplicht bij de latere ontneming acht te slaan op eerdere ontnemingen (§ 73d Abs. 3 StGB). In geval van twijfel moet de rechter ervan uitgaan dat het betreffende vermogensbestanddeel al in een eerdere ontneming is begrepen.²⁸⁸

406. Het bewijsregime voor de toepassing van het *erweiterte Verfall* is overwegend kritisch ontvangen in de Duitse literatuur. De kritiek richt zich hoofdzakelijk op de onverenigbaarheid van dit bewijsregime met de onschuldpresumptie. Het toetsingskader vormt daarbij niet zozeer art. 6 lid 2 EVRM, maar de in de Duitse

282 Zie *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Erweiterte Verfall*, BR-Dr. 16/90, p. 6-7, BT-Dr. 11/6623, p. 5. Het *erweiterte Verfall* is vervolgens deel uit gaan maken van het *Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifts Handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*, BT-Dr. 11/7663, BT-Dr. 12/989. Zie ook nr. 90.

283 BR-Dr. 16/90, p. 4, 9, BT-Dr. 11/6623, p. 4, 5.

284 BR-Dr. 16/90, p. 7, BT-Dr. 11/6623, p. 5.

285 BR-Dr. 16/90, p. 8, BT-Dr. 11/6623, p. 5. Op p. 13 wordt gesproken van de 'ganz überwiegend wahrscheinlichste [Möglichkeit]'.

286 BR-Dr. 16/90, p. 13-14, BT-Dr. 11/6623, p. 7.

287 BR-Dr. 16/90, p. 12, BT-Dr. 11/6623, p. 6.

288 BR-Dr. 16/90, p. 19-20, BT-Dr. 11/6623, p. 9. Het voorschrift van § 73d Abs. 3 StGB is vergelijkbaar met art. 36e lid 7 Sr. Zie nr. 456.

grondwet besloten liggende onschuldpresumptie.²⁸⁹ Het BVerfG formuleert de inhoud van die onschuldpresumptie, voor zover hier van belang, als volgt:

Nach allem verbietet die Unschuldsvermutung (...) im konkreten Strafverfahren ohne gesetzlichen, prozeßordnungsgemäßen – nicht notwendiger Weise rechtskräftigen – Schuldnachweis Maßnahmen gegen den Beschuldigten zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen und ihn verfahrensbezogen als schuldig zu behandeln; (...).²⁹⁰

De Duitse wetgever acht het *erweiterte Verfall* hiermee verenigbaar om een aantal redenen.²⁹¹ Allereerst staat de grondwettelijke onschuldpresumptie er niet aan in de weg dat bepaalde maatregelen worden getroffen op basis van een zekere verdenking of een hypothetische beoordeling van de schuld.²⁹² Het *erweiterte Verfall* moet als een dergelijke maatregel worden opgevat, omdat voor de toepassing ervan de vaststelling van schuld niet noodzakelijk is. Het begaan zijn van een wederrechtelijk feit volstaat. Daarnaast geldt dat de bewijsverlichting alleen van toepassing is bij een veroordeling op basis van een aantal daartoe aangewezen misdrijven,

(...) bei denen einerseits über die strafrechtliche Tatprävention hinaus ein ganz erhebliches öffentliches Interesse besteht, die Reinvestition von Gewinnen aus Straftaten und damit die Stärkung krimineller Organisationen zu verhindern, und andererseits erhebliche praktische Aufklärungsprobleme bestehen.²⁹³

407. De opvatting van de wetgever over de verenigbaarheid van het *erweiterte Verfall* met de grondwettelijke onschuldpresumptie, wordt in de Duitse literatuur nauwelijks gedeeld.²⁹⁴ Er wordt vooropgesteld dat het *erweiterte Verfall* niet als maatregel kan worden gezien. Het gaat om een straf, althans om een *strafähnliche Maßnahme*. Het *erweiterte Verfall* omvat tengevolge van het *Bruttoprinzip* immers de volledige opbrengsten uit strafbare feiten. Met kosten wordt geen rekening

289 Grondrechten hebben binnen de Duitse rechtsorde een hogere rang dan de rechten van het EVRM. Bij de uitleg van de grondwet spelen de verdragsverplichtingen wel een belangrijke rol voor zover het betreffende grondrecht daardoor niet wordt beperkt. Zie BVerfG 26 maart 1987, BVerfGE 74, 358, in het bijzonder p. 370.

290 BVerfG 26 maart 1987, BVerfGE 1987, 358, p. 371. Zie ook BVerfG 29 mei 1990, BVerfGE 82, 106, p. 114-115.

291 Zie BR-Dr. 16/90, p. 8-9, BT-Dr. 11/6623, p. 5.

292 Zie BVerfG 26 maart 1987, BVerfGE 1987, 358, p. 372-374, en BVerfG 29 mei 1990, BVerfGE 82, 106, p. 115-117. Voorbeelden die worden genoemd, zijn onder andere de toepassing van verschillende onderzoeksbevoegdheden en het afzien van verdere vervolging.

293 BR-Dr. 16/90, p. 9, BT-Dr. 11/6623, p. 5.

294 Zie echter ook Krey & Dierlamm 1992, p. 357-358, en Katholnigg 1994, p. 355.

gehouden.²⁹⁵ Tengevolge hiervan omvat het *erweiterte Verfall* onvermijdelijk ook legaal verkregen vermogen. Hierdoor gaat deze sanctie verder dan het herstel van de rechtmatige toestand en is er sprake van een strafkarakter.²⁹⁶

Ter ondersteuning van dit strafkarakter wordt erop gewezen dat het toepassen van het *erweiterte Verfall* tot uiting brengt dat de betrokkene zich aan ontoelaatbare praktijken schuldig heeft gemaakt. De toepassing van het *erweiterte Verfall* omvat een *sozialethische Mißbilligung*.²⁹⁷ Het beroep van de regering op de preventieve werking van het *erweiterte Verfall* – het wegnemen van investeringskapitaal en (daardoor) het ontwrichten van criminele organisaties – staat voorts niet in de weg aan het classificeren van het *erweiterte Verfall* als straf. Afgezien van de nodige twijfels die men kan hebben ten aanzien van deze veronderstelde preventieve werking,²⁹⁸ heeft het *erweiterte Verfall* in elk geval de (repressieve) strekking vermogen dat is verkregen uit reeds begane feiten, te ontnemen.²⁹⁹ Op grond van deze argumenten wordt de stelling dat de grondwettelijke onschuldpresumptie niet van toepassing zou zijn, van de hand gewezen.

Uitgaande van de toepasselijkheid van de onschuldpresumptie rijst de vraag in hoeverre het bewijsrechtelijk regime van het *erweiterte Verfall* door de beugel kan. Het antwoord hierop, dat in de literatuur breed wordt gedragen, luidt dat het bewijscriterium van § 73d Abs. 1 StGB uiteindelijk een verdenking omvat, zij het dan wel één waar hoge eisen aan worden gesteld,³⁰⁰ maar niet voldoet aan het (op grond van § 261 StPO geldende)³⁰¹ vereiste van een rechterlijke overtuiging. De feiten op grond waarvan het vermogen is verkregen, en de herkomst van de voorwerpen uit strafbare feiten, hoeven niet te worden bewezen, maar het oordeel dat de omstandigheden een wederrechtelijke herkomst rechtvaardigen, volstaat. Dit oordeel laat echter ruimte voor enige twijfel over de herkomst van het

295 Het *Bruttoprinzip* en de daaraan verbonden gevolgen voor het karakter van het (*erweiterte*) *Verfall* zijn reeds aan de orde gekomen in nr. 112.

296 Zie WeBlau 1991, p. 231-232, Schulteheinrichs 1991, p. 152, Dessecker 1992, p. 358, Eser 1993, p. 845-846, A. Hoyer 1993, p. 414-415, Perron 1993, p. 919, Hassemer 1995, p. 13, Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73d, Rn. 2, Dannert 1998, p. 64-65, en Feigen 1998, p. 159. In deze literatuur ontbreekt de aandacht voor een belangrijk praktisch aspect. Uitgaande van de visie van de regering op de bewijsrechtelijke aspecten van het *erweiterte Verfall*, spreekt de rechter zich in wezen alleen uit over de aannemelijkheid dat een zeker aangetroffen vermogen een misdadige herkomst heeft. Dit aangetroffen vermogen vertegenwoordigt echter niet altijd de bruto-opbrengst van begane strafbare feiten. Het kan evenzeer de netto-opbrengst zijn. De meest zuivere formulering van het karakter van het *erweiterte Verfall* is mijns inziens dat het een *potentieel* strafkarakter heeft.

297 Zie Schulteheinrichs 1991, p. 158, Dannert 1998, p. 65, en Feigen 1998, p. 164-165.

298 Zie daarover Perron 1993, p. 920-923, en voorts nr. 37-49.

299 WeBlau 1991, p. 233, en Dessecker 1992, p. 359-360. Vgl. ook Schulteheinrichs 1991, p. 153-154.

300 Het is overigens opvallend dat de opmerking in de toelichting van de regering dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, de wederrechtelijke herkomst de 'ganz überwiegend wahrscheinlichste' mogelijkheid moet zijn (zie hiervoor noot 285), in de literatuur weinig aandacht krijgt. De oorzaak hiervan lijkt te zijn dat deze eis in de wettekst onvoldoende tot uitdrukking komt. Vgl. Dessecker 1992, p. 358.

301 Zie over § 261 StPO nader nr. 410.

betreffende vermogen,³⁰² welke twijfel ten laste van de betrokkene komt. De laatste kan de toepassing van het *erweiterte Verfall* alleen nog afwenden indien hij de legale herkomst kan aantonen. Dit patroon leidt ertoe, zo wordt gesteld, dat de onschuldpresumptie wordt geschonden omdat het *erweiterte Verfall* als een (ontoelaatbare) *Verdachtsstrafe* zou moeten worden gekwalificeerd.³⁰³

408. In de Duitse literatuur wordt ook, veelal in het verlengde van de kritiek vanuit het perspectief van de onschuldpresumptie, gewezen op de spanning tussen het *erweiterte Verfall* en het recht op eigendom. Dit recht is, met inachtneming van beperkingen die door de wet worden gesteld, gewaarborgd in de grondwet (Art. 14 GG).³⁰⁴ Over de verenigbaarheid van het *erweiterte Verfall* met Art. 14 GG merkt de regering op dat eigendom dat door middel van strafbare feiten is verkregen, niet binnen het beschermingsbereik van deze bepaling valt. Daar komt bij dat de inbreuk op het eigendomsrecht tengevolge van het *erweiterte Verfall* niet op een enkele verdenking rust, maar alleen is toegestaan indien de rechter geen rechtmatige herkomst van de betreffende voorwerpen kan vaststellen.³⁰⁵

Deze argumentatie wordt in de literatuur van de hand gewezen. Hoewel de wederrechtelijke herkomst van een voorwerp in het algemeen als een toelaatbare beperking van het eigendomsrecht geldt,³⁰⁶ vormt het bewijsregime van § 73d Abs. 1 StGB ook hier een probleem. De grondwettelijke bescherming van de eigendom kan, zo luidt het oordeel van de meerderheid in de literatuur, alleen tengevolge van een wederrechtelijke herkomst komen te vervallen, indien die herkomst ook daadwerkelijk vaststaat. Daartoe volstaat niet het oordeel dat de omstandigheden het aannemen van een wederrechtelijke herkomst rechtvaardigen.³⁰⁷ Het is bij deze

302 Dat wil zeggen: uitgaande van het criterium van de rechterlijke zekerheid zou er nog twijfel bestaan (en dus kan er geen rechterlijke zekerheid bestaan), maar aan het bewijscriterium van § 73d Abs. 1 StGB is voldaan. Vgl. Feigen 1998, p. 161.

303 Zie Weßlau 1991, p. 229, 232, Schultehinrichs 1991, p. 163-169, Dessecker 1992, p. 358-359, Eser 1993, p. 845-846, Heckmann 1995, p. 2, Lackner 1997, § 73d, Rn. 8, Groth 1996, p. 156-158, Schönke/Schröder-Eser, § 73d, Rn. 2, Dannert 1998, p. 70-72, 75, Benseler 1998, p. 65-66, en Feigen 1998, p. 161-164. Enigszins anders: Zopfs 1999, p. 296-297.

304 Art. 14 GG is van toepassing op het *erweiterte Verfall*, omdat deze sanctie in beginsel is gericht op het ontnemen van concrete voorwerpen. Een sanctie die (alleen) uit een betalingsverplichting bestaat, zoals een geldboete, valt echter niet onder dit grondrecht. Zie Schultehinrichs 1991, p. 171, Groth 1996, p. 137, en Julius 1997, p. 88. De mogelijkheid dat het *erweiterte Verfall* plaats heeft door middel van het *Verfall des Wertersatzes* (zie § 73d Abs. 2 in combinatie met § 73a StGB), doet, voor zover ik heb kunnen nagaan, geen afbreuk aan de toepasselijkheid van Art. 14 GG. Doorslaggevend is § 73e Abs. 1 StGB, welke bepaalt dat het *Verfall* een eigendomsovergang naar de staat bewerkstelligt.

305 Zie BR-Dr. 16/90, p. 7-8, BT-Dr. 11/6623, p. 5.

306 Zie hierover uitgebreid Julius 1997, p. 59-67.

307 Zie Weßlau 1991, p. 229-230, 233, Köhler & Beck 1991, p. 799, Schultehinrichs 1991, p. 177, 183, Dessecker 1992, p. 360, Eser 1993, p. 846-847, Perron 1993, p. 924-925, Hassemer 1995, p. 13, Groth, p. 142, 144, Julius 1997, p. 98-100, Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73d, Rn. 2, Dannert 1998, p. 66-67, en Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73d, Rn. 4a. Tot een ander oordeel komen Krey & Dierlamm 1992, p. 358, en A. Hoyer 1993, p. 412-413. Het is overigens niet ondenkbaar dat

toetsing aan de grondwet overigens niet van belang of het *erweiterte Verfall* als straf heeft te gelden. Ook indien het zou gaan om een maatregel, moet in het licht van Art. 14 GG de eis worden gesteld dat de wederrechtelijke herkomst vaststaat.³⁰⁸

409. Op 22 november 1994 heeft het BGH zich uitgesproken over de verhouding tussen het *erweiterte Verfall* en de grondwettelijke onschuldpresumptie, welke uitspraak mede in het licht van Art. 14 GG is gedaan.³⁰⁹ Het BGH wijst allereerst op de in de literatuur geuite kritiek op de regeling van het *erweiterte Verfall* en komt ook zelf tot het oordeel dat de toelichting van de regering, waarin een 'ganz hohe Wahrscheinlichkeit' van de wederrechtelijke herkomst toereikend wordt geacht, de constitutionele kritiek niet kan wegnemen.

Die Grundrechte des Angeklagten wären aber nach Auffassung des Senats verletzt, wenn aufgrund einer Verdachtslage, und sei der Verdacht noch so dringend, sachlich endgültige (§ 73e StGB) strafrechtliche Maßnahmen getroffen würden.³¹⁰

Naar het oordeel van het BGH moeten er hogere eisen worden gesteld aan het bewijs van de herkomst van de voorwerpen.

Für die den Schuldspruch tragenden Feststellungen ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß selbst ein sehr hohes Maß an Wahrscheinlichkeit die notwendige tatrichterliche Überzeugung nicht ersetzen kann (...). Nichts anderes kann für die Feststellungen gelten, die die Anordnung des erweiterten Verfalls tragen. Das normativ wertende Element "wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen" (...) ist deshalb verfassungskonform einengend auszulegen: Die Anordnung des erweiterten Verfalls kommt nur in Betracht, wenn der Tatrichter aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung (...) die uneingeschränkte Überzeugung gewonnen hat, daß der Angeklagten die von der Anordnung erfaßten Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat, ohne daß diese selbst im einzelnen festgestellt werden müßten (...).

het stellen van minder strenge eisen aan het bewijs toch de toets van Art. 14 Abs. 1 GG kan doorstaan, indien de betreffende regeling geschikt en noodzakelijk is voor het te bereiken doel en de betrokken belangen niet onevenredig worden geschaad. Zie uitgebreid over deze toets, in het licht van het *erweiterte Verfall*, Perron 1993.

308 Zie Weßlau 1991, p. 232, Groth 1996, p. 158, en Schönte/Schröder-Eser 1997, § 73d, Rn. 2.

309 BGH 22 november 1994, NJW 1995, p. 470, NStZ 1995, p. 125. Deze uitspraak is gewezen door de vierde strafsenaat van het BGH. Het oordeel is in latere rechtspraak bevestigd, zij het niet altijd even stellig. Zie onder andere BGH 10 februari 1998, NStZ-RR 1998, p. 297, en voorts Zopfs 1999, p. 297 (noot 149), alsmede Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73d, Rn. 4d.

310 Uit de verwijzing naar § 73e StGB, welke bepaalt dat door het *Verfall* de eigendom van de betreffende voorwerpen naar de staat overgaat, mag worden afgeleid dat het BGH zijn oordeel mede baseert op Art. 14 GG. Hierdoor kan het BGH buiten beschouwing laten in hoeverre het *erweiterte Verfall* het karakter van een straf heeft.

Kortom: de rechter moet overtuigd zijn van de wederrechtelijke herkomst, zonder dat alle onderliggende wederrechtelijke feiten individueel moeten worden vastgesteld. In geval van redelijke twijfel over de herkomst moet de rechter afzien van de toepassing van het *erweiterte Verfall*. Het BGH werkt dit als volgt uit:

Begründen mithin bestimmte Tatsachen die nicht nur theoretische Möglichkeit, daß Vermögensgegenstände des Täters aus anderen Quellen als aus rechtswidrigen Taten stammen, so scheidet die Anordnung des erweiterten Verfalls aus. Allerdings dürfen an die Überzeugungsbildung keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Insbesondere ist das Gericht nicht gehindert, sondern gehalten, auch (...) die festgestellten Anlaßtaten selbst dann in seine Überzeugungsbildung einzubeziehen, wenn aus ihnen kein Gewinn erlangt worden ist.

Het BGH acht het aldus mogelijk om de wederrechtelijke herkomst op een indirecte manier vast te stellen. Aan de hand van de strafbare feiten die (wel) zijn vastgesteld, alsmede de persoonlijke en de financiële situatie van de betrokkene, kan de rechter tot de overtuiging komen dat er sprake is van wederrechtelijk verkregen vermogen. Dit blijkt ook uit het feit dat het BGH de in deze zaak aangevochten uitspraak van het LG Bochum in stand laat. Het LG had de toepassing van het *erweiterte Verfall* in deze zaak gemotiveerd door onder meer te verwijzen naar het (ontoereikende) legale inkomen van de betrokkene en de daarop drukkende vaste lasten, alsmede de betrokkenheid bij een bepaalde drugstransactie (waar overigens geen voordeel uit was voortgesproten). Mede op grond daarvan stelt het LG ervan overtuigd te zijn dat het aangetroffen geld uit andere, niet nader bekende drugstransacties is voortgevloeid.³¹¹

410. In de besproken uitspraak past het BGH de eis van rechterlijke overtuiging zoals die besloten ligt in § 261 StPO, toe op het *erweiterte Verfall*. Voor een goed begrip van de uitspraak is het zinvol enige opmerkingen te maken over deze eis.³¹² § 261 StPO behelst de eis dat de rechter persoonlijk overtuigd is van de objectieve waarheid (*subjektive Gewißheit*). Dit betekent niet dat er absolute zekerheid hoeft te bestaan, maar er mag geen sprake zijn van op concrete feiten en omstandigheden berustende twijfel die zich niet eenvoudig laat wegnemen. Een oordeel dat berust op een waarschijnlijkheidsoordeel, ook indien het gaat om een hoge graad van waarschijnlijkheid, voldoet niet aan de overtuigingsmaatstaf van § 261 StPO. Het gebruik van bewijsvermoedens en ervaringsregels is toegestaan, mits deze niet dwingend tot een bepaalde uitkomst leiden, de rechter acht blijft slaan op alle

311 Zie voor een andere toepassing van de hier besproken overwegingen van het BGH: OLG Düsseldorf 8 maart 2000, wistra 2000, p. 315.

312 Het navolgende is ontleend aan Pfeiffer-Engelhardt 1999, § 261, Rn. 1-3, 38, 48-49, 64-65, Meyer-Großner 1999, § 261, Rn. 2, 6, 23, 25-26, en HK StPO-Julius 1999, § 261, Rn. 1, 9, 16-18, 39.

relevante feiten en omstandigheden (*erschöpfende Beweiswürdigung*) en in gevallen van redelijke twijfel ten gunste van de verdachte wordt beslist.

Neemt men dit – sterk gecompriëerde – beeld van het overtuigingsvereiste van § 261 StPO in ogenschouw,³¹³ dan valt te begrijpen dat het BGH enerzijds vereist dat de rechter overtuigd is van de wederrechtelijke herkomst, maar anderzijds niet belet dat de rechter tot een dergelijk oordeel komt met behulp van methoden als de vermogensvergelijking. § 261 StPO staat immers niet in de weg aan een indirecte wijze van het vaststellen van bepaalde feiten, mits de rechter de hiervoor genoemde randvoorwaarden in acht neemt. Zo bezien, is het niet uitgesloten dat een redenering die is gebaseerd op een vermogensvergelijking en de persoonlijke en financiële omstandigheden van de betrokkene, tot een aanvaardbaar oordeel over de herkomst *kan* leiden.³¹⁴

411. De wijze waarop het BGH het *erweiterte Verfall* in overeenstemming met de constitutionele waarborgen heeft willen brengen, is niet zonder kritiek gebleven. De meest voorkomende tegenwerping is dat het BGH met deze uitspraak tegen de wil van de wetgever is ingegaan. De wetgever heeft een lichtere waarderingsmaatstaf gewenst dan die van § 261 StPO. Dientengevolge had het BGH geen grondwetconforme uitleg aan § 73d Abs. 1 StGB mogen geven, maar had het de strijdigheid met de grondwet moeten uitspreken.³¹⁵ Een aantal auteurs hebben daarnaast moeite met de beslissing, omdat het BGH niet vereist dat alle wederrechtelijke feiten individueel worden vastgesteld. Dit zou (nog steeds) op gespannen voet staan met de onschuldpresumptie, omdat deze vereist dat alle feiten waarop een sanctie berust in het proces aan de orde worden gesteld en bewezen.³¹⁶

5.4.3 Invulling van de bewijslastverdeling bij toepassing van art. 36e lid 3 Sr

412. De Duitse ontwikkelingen rond het *erweiterte Verfall* bieden een kader waarbinnen de verhouding tussen art. 36e lid 3 Sr en art. 6 lid 2 EVRM nader kan worden onderzocht. Daarbij verdient in het bijzonder de besproken uitspraak van het BGH aandacht, omdat hierin de onschuldpresumptie niet zozeer als toetsingsgrond wordt gehanteerd, maar primair als (normatief) beginsel voor de interpretatie van het *erweiterte Verfall*. Deze benadering heeft ook voor het Nederlandse recht

313 Dit vereiste wijkt naar mijn mening overigens niet principieel af van de door art. 338 Sv verlangde overtuiging.

314 Vgl. Hellmann 1997, p. 523-524.

315 Dannert 1998, p. 73-74, en Benseler 1998, p. 67-69. Zie echter ook de annotatie van Katholnigg onder deze uitspraak in JR 1995, p. 297-299, die meent dat het BGH had moeten oordelen dat er geen enkele strijd is met de grondwet.

316 Dannert 1998, p. 73, en Benseler 1998, p. 69-70.

betekenis. In de loop van dit hoofdstuk is immers geconstateerd dat de contouren van het bewijsregime bij art. 36e lid 3 Sr niet heel helder zijn, dit tengevolge van de meerduidige uitleg die aan de parlementaire stukken kan worden gegeven. Dientengevolge is het vrijwel onmogelijk een uitspraak te doen over de mate waarin toepassing van art. 36e lid 3 Sr tot een verdragsschending leidt. Dit vergt immers een oordeel over de wijze waarop art. 36e lid 3 Sr moet worden geïnterpreteerd, terwijl deze interpretatie naar mijn mening juist zo veel mogelijk in het licht van art. 6 lid 2 EVRM zou moeten plaatsvinden.³¹⁷ De meest zinvolle weg is derhalve te onderzoeken of, en zo ja: onder welke voorwaarden, de toepassing van art. 36e lid 3 Sr te verenigen is met de uit art. 6 lid 2 EVRM voortvloeiende normen.

413. Aangezien ik in het navolgende aansluiting zoek bij het Duitse recht, is het noodzakelijk stil te staan bij twee verschillen tussen het Duitse en het Nederlandse recht. Allereerst is het voor het Nederlandse recht niet noodzakelijk, anders dan met betrekking tot het Duitse recht is gebleken, om het strafkarakter van art. 36e lid 3 Sr te onderzoeken teneinde de toepasselijkheid van de onschuldpresumptie vast te kunnen stellen. Het vereiste van de aanwezigheid van een strafkarakter vloeit voort uit de Duitse constitutionele rechtspraak. Voor het Nederlandse recht is echter de onschuldpresumptie ex art. 6 lid 2 EVRM van belang. De vaststelling van de *criminal charge* geschiedt aan de hand van andere criteria.³¹⁸ Inhoudelijk is er overigens geen wezenlijk verschil tussen de Duitse grondwettelijke en de verdragsrechtelijke onschuldpresumptie.

Ten tweede, het Nederlandse recht kent geen grondwettelijke bescherming van de eigendom. Deze bescherming wordt wel geboden door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Voor art. 36e Sr is dit verdragsrecht echter van ondergeschikt belang. Het is niet alleen twijfelachtig of art. 1 van het Eerste Protocol toeziet op de betalingsverplichting die door oplegging van een ontnemingsmaatregel ontstaat, ook omvat die bepaling minder concrete vereisten op bewijsrechtelijk terrein dan de Duitse evenknie.³¹⁹

Deze verschillen nemen niet weg dat de materiële vereisten die op bewijsrechtelijk vlak aan de toepassing van het *erweiterte Verfall* worden gesteld, nauwelijks verschillen van de eisen die uit art. 6 lid 2 EVRM voortvloeien. Het aansluiten bij het Duitse recht is daarom mogelijk. Daar komt bij dat men in de Nederlandse literatuur, evenals in Duitsland, het standpunt aantreft dat het bewijsregime van

317 Het aannemen van een schending, tengevolge waarvan de nationale regeling niet mag worden toegepast (art. 94 Grondwet), komt pas aan orde indien een verdragconforme uitleg niet behoorlijk mogelijk is. Vgl. Martens 2000, p. 750.

318 Zie nader nr. 135-136 en 391.

319 Zie nader over art. 1 van het Eerste Protocol: Frowein & Peukert 1996, p. 763-827, Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 618-643, en Loof, Ploeger & Van der Steur 2000.

art. 36e lid 3 Sr leidt tot een verschuiving van de bewijslast, welke niet of moeilijk te verenigen is met de onschuldpresumptie.³²⁰

414. Het is allereerst van belang dat art. 36e lid 3 Sr zo wordt toegepast dat de bewijslast en het bewijsrisico bij het Openbaar Ministerie liggen, al mag er in beperkte mate van de betrokkene worden verwacht dat hij 'doubt' veroorzaakt omtrent hetgeen het Openbaar Ministerie aanvoert. Mede gelet op de zaak *John Murray* moet van het Openbaar Ministerie worden verlangd dat het zodanig bewijsmateriaal aandraagt dat er tenminste sprake is van een 'prima facie case' tegen de betrokkene. Er moet door het Openbaar Ministerie voldoende bewijs worden geleverd van de wederrechtelijke herkomst van het verkregen voordeel, zij het dat het gebruik van bewijsvermoedens binnen zekere grenzen is toegestaan.³²¹

Voorts is de maatstaf van belang aan de hand waarvan de rechter het door het Openbaar Ministerie aangedragen bewijsmateriaal moet waarderen. Art. 6 lid 2 EVRM reikt daarvoor geen concrete maatstaf aan. Wordt er echter genoeg genomen met een geringe mate van waarschijnlijkheid, dan wordt de bewijslast van het Openbaar Ministerie inhoudsloos. Naar mijn mening moet op dit onderdeel aansluiting worden gezocht bij de hiervoor besproken uitspraak van het BGH. Door te vereisen dat de rechter overtuigd moet zijn van de wederrechtelijk herkomst, wordt er niet alleen recht gedaan aan de onschuldpresumptie, maar tevens recht gedaan aan de belastende strekking van de feitenvaststelling.³²² Deze redenering sluit daarmee tevens aan bij de uitleg die hiervoor aan het criterium van de voldoende aanwijzingen is gegeven (zie nr. 346).

415. Uitgaande van het vereiste van rechterlijk overtuiging kan het gebruik van rechterlijke vermoedens nader worden genormeerd. Hierbij moet er onderscheid worden gemaakt tussen twee typen vermoedens. Allereerst het dubbele vermoeden van het begaan zijn van, dan wel de betrokkenheid bij, andere strafbare feiten en het daaruit verkregen hebben van wederrechtelijk voordeel. Daarnaast zijn er de vermoedens die in het kader van een voordeelsberekening kunnen worden gehanteerd, zoals bijvoorbeeld de gehanteerde prijzen bij bepaalde transacties. Een voordeelsberekening die ten behoeve van een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr wordt opgesteld, berust primair op het eerste, dubbele vermoeden. Het is echter niet uitgesloten dat op onderdelen, met name indien over bepaalde

320 Zie Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 58-59, Wöretshofer 1993, p. 62, Doorenbos 1996, p. 123, Wöretshofer 1997, p. 276, en Van der Meer 1998, p. 118. Zie ook De Roos 1994, p. 51, Groenhuijsen 1996, p. 1529, en Ölçer 2000, p. 188. Zie voor de Duitse literatuur noot 303.

321 In deze zin vermoedelijk ook Keijser-Ringnald 1994, p. 377.

322 Keulen 1999, p. 85 lijkt het daarentegen voldoende te achten dat er sprake is van overwegende waarschijnlijkheid (*preponderance of evidence*).

feiten wel nadere informatie bekend is geworden, een meer specifieke berekening plaatsvindt. Daarbij kan in enigerlei mate gebruik worden gemaakt van rechterlijke vermoedens. Ten aanzien van deze tweede categorie vermoedens geldt hetgeen in het kader van art. 36e lid 2 Sr is opgemerkt, onverkort.

Het eerste type vermoeden wijkt qua structuur af van het tweede type. De toepassing van art. 36e lid 3 Sr steunt op een verzameling feitelijke gegevens – periode, saldo van begin- en eindvermogen, uitgaven – welke door het Openbaar Ministerie moeten worden aangedragen. De rechter waardeert vervolgens deze gegevens in onderling verband, waarbij hij de overtuiging kan krijgen dat het aangetroffen vermogen een wederrechtelijke herkomst heeft. De rechter combineert de feitelijke gegevens niet zozeer met hem bekende objectieve gegevens, maar met de algemene regel dat het ontbreken van een legale herkomst impliceert dat er sprake is van een illegale herkomst. Deze regel, waarvan de toepassing door art. 36e lid 3 Sr wordt voorgeschreven, vormt de schakel tussen het feitenmateriaal en het al dan niet verkrijgen van een rechterlijke overtuiging omtrent de herkomst. De kern van de eerder besproken uitspraak van het BGH is dat het niet op voorhand moet worden uitgesloten dat een rechter in staat is aan de hand van een overzicht van de persoonlijke en financiële omstandigheden van de betrokkene, waaronder de ontwikkelingen in zijn vermogenspositie en de betrokkenheid van strafbare feiten, de overtuiging kan krijgen dat het betreffende vermogen een wederrechtelijke herkomst heeft. Die mogelijkheid bestaat ook indien niet alle relevante strafbare feiten zich afzonderlijk laten vaststellen. Let wel, de rechter *kan* die overtuiging krijgen. Of dat het geval is, is in hoge mate afhankelijk van het onderzoek naar en het oordeel over de kwaliteit van het aangedragen bewijsmateriaal – ‘aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung’.

Het oordeel van het BGH kan ik onderschrijven. Een door het Openbaar Ministerie opgestelde vermogensvergelijking of kasopstelling leidt de rechter niet per definitie tot het oordeel dat er sprake is van een wederrechtelijke herkomst, maar het is niet uitgesloten dat die methoden een dergelijk oordeel wel kunnen dragen. Er zal daarbij veel afhangen van de wijze waarop de betreffende methoden met voldoende betrouwbare feiten zijn gestaafd. Het BGH bepaalt naar mijn mening terecht dat bij dit oordeel mede acht kan worden geslagen op strafbare feiten die de betrokkene heeft begaan, maar die niet (noodzakelijkerwijs) tot het verkregen voordeel hebben bijgedragen. Dergelijke feiten zijn immers van belang om te kunnen vaststellen of hij bij een zeker patroon van misdadig handelen was betrokken. Die vaststelling kan de vermogensvermeerdering nader kan duiden en de vermogensvergelijking in enigerlei mate schragen.

De consequentie van de hier verdedigde opvatting is dat er geen onmogelijke eisen worden gesteld aan de vaststelling van de wederrechtelijke herkomst van het vermogen. Er worden wel behoorlijke eisen gesteld aan de bewijslast van het

Openbaar Ministerie – de last voldoende en deugdelijk feitenmateriaal aan te dragen –, alsmede aan het bewijsrisico van het Openbaar Ministerie – indien de rechter niet overtuigd raakt, beslist hij ten gunste van de betrokkene. Worden deze eisen in acht genomen, dan is er geen strijd met de eerste vuistregel.

416. Het vereisen van de rechterlijke overtuiging vrijwaart de betrokkene niet van elke last. Dit vereiste strekt niet zover dat de rechter absolute zekerheid moet verkrijgen door met alle denkbare, belastende en ontlastende, feiten en omstandigheden rekening te houden en deze te onderzoeken. Er mag in zekere mate van de betrokkene worden verwacht dat hij twijfel veroorzaakt omtrent hetgeen door het Openbaar Ministerie aan bewijsmateriaal wordt aangevoerd.

De vraag is nu in welke mate van de betrokkene wordt verwacht dat hij twijfel zaait. Op basis van de parlementaire stukken zou men kunnen stellen dat de betrokkene ten minste een legale bron van herkomst aannemelijk moet maken (zie nr. 359). Anders gezegd: de betrokkene moet op de proppen komen met *tegendeel*-bewijs van de door het Openbaar Ministerie gestelde feiten. Gaat men echter uit van het vereiste van rechterlijke overtuiging en zoekt men daarom aansluiting bij het bewijsregime in een gewone strafzaak, dan zou de betrokkene moeten kunnen volstaan met het aanvoeren van *tegenbewijs*. Dit kan geschieden door te wijzen op feitelijke of logische inconsistenties in de bewijsredenering van het Openbaar Ministerie. Zo zou de betrokkene erop kunnen wijzen dat het Openbaar Ministerie van een te laag beginsaldo is uitgegaan, omdat deze alleen is gebaseerd op banksaldi, terwijl hij ook nog de beschikking had over een aanzienlijke hoeveelheid contant geld. Een dergelijk verweer zou kunnen worden onderbouwd door erop te wijzen dat de levensstijl van de betrokkene op dat moment alleen kan worden verklaard door ervan uit te gaan dat hij over meer geld moet hebben kunnen beschikken dan het Openbaar Ministerie veronderstelt.³²³ Een ander verweer zou kunnen bestaan uit het overleggen van een contra-expertise, bijvoorbeeld opgesteld door een accountant. Het gevoerde verweer kan, nadat de rechter de stellingen van de betrokkene nader heeft onderzocht, ertoe leiden dat reële twijfel ontstaat over de door het Openbaar Ministerie opgestelde vermogensvergelijking of kasopstelling.

Stemt men de 'bewijslast ter disculpatie' (zie nr. 360) af op het vereiste van de rechterlijke overtuiging, dan is er weinig verschil met de bewijsvoeringslast zoals men die in het civiele recht en in het gewone strafrecht kent.³²⁴ Voor zover men meent dat hiermee de 'bewijslast ter disculpatie' al te terughoudend wordt

323 Ik werk dit voorbeeld in nr. 420 nader uit.

324 Vgl. ook Reijntjes 1993, p. 77-78, die door de minister beoogde bewijslastverdeling en daarbij behorende 'bewijslast ter disculpatie' opvat als niet verdergaand dan de gebruikelijke verwachtingen die ten aanzien van de verdachte bestaan in het kader van door hem te voeren verweren. In die richting gaat ook Wemes 1988, p. 420.

ingevuld, wijs ik erop dat de minister in de parlementaire stukken niet heeft gesteld dat het aantonen van een legale herkomst de enige wijze is waarop de betrokkene zich kan verweren. Er bestaat (mede) daardoor ruimte om ook een minder vergaande wijze van twijfel zaaien voldoende te achten.³²⁵

417. De betrokkene mag verwachten dat de rechter serieus aandacht besteedt aan de door hem aangevoerde gunstige feiten en omstandigheden. De rechter moet zo nodig nader onderzoek (laten) verrichten naar die feiten en omstandigheden. Indien de betrokkene geen verweer voert, bijvoorbeeld omdat hij zich op zijn zwijgrecht beroept, is de rechter naar mijn mening gehouden ambtshalve aandacht te besteden aan alle uit het dossier blijkende, voor de betrokkene gunstige aspecten.³²⁶ In zoverre is er geen verschil met hetgeen in de gewone strafzaak en bij de toepassing van art. 36e lid 2 Sr geldt (zie nader nr. 378 en 400).

De taak van de rechter om zich nader te verdiepen in de voor de betrokkene gunstige feiten en omstandigheden, kan in het kader van art. 36e lid 3 Sr aanzienlijk zwaarder zijn indien de betrokkene zijn verweer onderbouwt met financieel-economische expertise. Ervan uitgaande dat ook de vordering van het Openbaar Ministerie met behulp van de kennis en kundigheid van een forensisch accountant is opgesteld, is het voor de – dikwijls op dit onderdeel nauwelijks geschoolde – rechter niet eenvoudig de door of namens de betrokkene aangevoerde feiten en omstandigheden goed op hun waarde te beoordelen. De complexiteit van de materie mag echter geen excuus voor de rechter zijn om het verweer zonder veel omhaal te passeren. Een behoorlijk ontnemingsproces vereist dat de rechter zich van de vereiste economische kennis voorziet teneinde de aangevoerde stellingen op hun gegrondheid te kunnen beoordelen.

418. Er zijn situaties denkbaar waarin een door de betrokkene gevoerd verweer ertoe leidt dat de rechter genoodzaakt is om, anders dan art. 36e lid 3 Sr beoogt, tot een meer gedetailleerde feitenvaststelling over te gaan. Een dergelijke situatie betreft het opvolgend opleggen van een ontnemingsmaatregel van art. 36e lid 3 Sr. Indien de betrokkene zich erop beroept dat hierdoor een dubbeltelling optreedt, is de rechter, mede gelet op art. 36e lid 7 Sr, eveneens gehouden meer nauwkeurige vaststellingen te doen. Kan de rechter ondanks nader onderzoek geen helderheid verkrijgen over het zich al dan niet voordoen van een dubbeltelling, moet zijn beslissing ten gunste van de betrokkene uitvallen.³²⁷

325 Ik sluit hiermee aan bij de tweede interpretatiemogelijkheid van het aannemelijkheids criterium van art. 36e lid 3 Sr, welke ik in nr. 367 heb beschreven.

326 Zie met betrekking tot de onderzoeksplicht van het Openbaar Ministerie ook noot 266.

327 Deze opvatting sluit aan bij het Duitse recht. Zie nr. 405.

Een ander voorbeeld betreft het toerekenen van uitgaven aan het verkregen vermogen bij de vermogensvergelijking en de kasopstelling (zie nr. 363). In deze methoden wordt het verkregen vermogen in een bepaalde periode mede bepaald aan de hand van de uitgaven van de betrokkene. Indien een bepaalde uitgave echter wordt gedaan met het oog op het verkrijgen van een opbrengst uit een strafbaar feit (uitvoeringskosten), mag deze niet worden meegeteld (zie nr. 364). Een verweer van de betrokkene dat de strekking heeft dat in de financiële rapportage met het doel van bepaalde bestedingen ten onrechte geen rekening is gehouden, heeft tot gevolg dat de rechter zich hier nader in moet verdiepen. In geval van twijfel moet hij de betreffende uitgave buiten beschouwing laten, en dus niet als voordeel aanmerken.

419. Een volgend aandachtspunt is, gelet op de derde vuistregel, dat de consequenties van het gebruik van het dubbele vermoeden dat aan art. 36e lid 3 Sr ten grondslag ligt, voor de betrokkene duidelijk moeten zijn. In het kader van het tweede lid van art. 36e Sr heb ik twee mogelijke knelpunten ontwaard: het ontbreken van een tussenvonnis en de mogelijkheid van zelfincriminatie (zie nr. 401 en 402). Beide knelpunten zijn bij de toepassing van art. 36e lid 3 Sr eveneens relevant.

Een adequate verdediging is allereerst gebaat bij een duidelijke structuur van rechterlijke bewijsbeslissingen. Een tussenvonnis of een vergelijkbare figuur kan hierbij een nuttige rol vervullen. Het ontbreken van een tussenvonnis in de ontnemingsprocedure lijkt echter in het kader van art. 36e lid 3 Sr minder knellend te zijn dan bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr. In het laatste geval kan het in de procedure onduidelijk zijn op welke objectieve gegevens de rechter voornemens is een vermoeden te baseren (zie nr. 353). Art. 36e lid 3 Sr behelst de toepassing van de algemene regel dat het ontbreken van een legale herkomst impliceert dat er sprake is van een illegale herkomst.³²⁸ Aangezien de bewijsvoering door het Openbaar Ministerie is toegesneden op de toepassing van deze algemene regel, en dit in de regel tot uiting komt in de financiële rapportage, wordt het langs deze weg voor de betrokkene duidelijk welke structuur de bewijsbeslissing heeft.³²⁹ Daar staat tegenover dat de toepassing van de algemene regel dat het ontbreken van een legale herkomst op een illegale herkomst duidt, kan leiden tot een ontneming van een omvangrijk bedrag. De noodzaak om in de processtructuur de (mogelijkheid van de) toepassing van deze algemene regel zo goed mogelijk

328 Het is uiteraard niet uitgesloten dat de rechter op onderdelen wel gebruik maakt van concrete objectieve gegevens. Alsdan geldt hetgeen ik heb opgemerkt met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr.

329 Ter zijde merk ik nog op dat de bewijslast van het Openbaar Ministerie tevens tot gevolg heeft dat het voor de betrokkene duidelijk wordt op welke periode in zijn bestaan de voordeelsberekening betrekking heeft. Vgl. Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 201.

tot uitdrukking te laten komen, is daarom niet afwezig. Een tussenvonnis kan aan deze duidelijkheid een belangrijke bijdrage leveren (zie nr. 401).

420. Vervolgens rijst de vraag of het bewijsregime ex art. 36e lid 3 Sr aanleiding zou kunnen geven tot spanning met het *nemo tenetur*-beginsel. Meer precies luidt de vraag of het bewijsregime leidt tot 'compulsion' om een belastende verklaring af te leggen, waarbij die dwang, gelet op alle omstandigheden van het geval, 'improper' is.³³⁰ Het is van belang vast te stellen dat art. 36e lid 3 Sr niet een (afdwingbare) plicht omvat tot het afleggen van een belastende verklaring.³³¹ Voor zover de verwachting bestaat dat de betrokkene tot verklaring overgaat, betreft dat een verklaring omtrent de *legale* herkomst van het vermogen. Een dergelijke verklaring is, strikt genomen, niet incriminerend.

Hiermee is niet gezegd dat de betrokkene is gevrijwaard van elk dilemma omtrent het al dan niet te berde moeten brengen van incriminerende feiten en omstandigheden. Het laat zich denken dat (een deel van) de gelden waarover de betrokkene beschikt, een legale bron kennen, maar niet op enige belastingaangifte zijn vermeld. Voor de ontnemingsprocedure is dat in principe niet van belang,³³² maar met het noemen van deze bron zet de betrokkene justitie (en de fiscus) wel op het spoor van het door hem begane fiscale delict.³³³

Ik wijs verder op het voorbeeld dat in nr. 416 is genoemd in het kader van de bewijsvoeringslast. Dit voorbeeld, waarin de betrokkene het door het Openbaar Ministerie veronderstelde beginsaldo in twijfel trok, is ontleend aan de ontnemingszaak tegen Charles Z.³³⁴ In de financiële rapportage die door het Openbaar Ministerie was overlegd, was als uitgangspunt gehanteerd dat het beginsaldo van Z. nul bedroeg, omdat zijn (persoonlijke) faillissement even daarvoor wegens gebrek aan baten was opgeheven. Namens Z. werd dit beginsaldo in twijfel getrokken, door erop te wijzen dat Z. kort na de opheffing van zijn faillissement in staat was om een villa met een waarde van twee miljoen gulden te kopen. Hierdoor zou het onaannemelijk zijn dat Z. na de opheffing over zo goed als geen vermogen beschikte. Waar het geld wel vandaan kwam, werd overigens niet gemeld.

330 Zie voor de onderbouwing hiervan nr. 402.

331 Vgl. ook Keijser-Ringnalda 1994, p. 357.

332 Het betreffende geld vormt immers geen wederrechtelijk verkregen voordeel, want het is niet verkregen door middel van of uit de baten van het fiscale delict. Ten overvloede wijs ik nog op de uitsluiting van art. 36e Sr met betrekking tot fiscale delicten (art. 74 AWR, waarover nr. 140).

333 Zie in het bijzonder art. 69 leden 1 en 2 AWR.

334 Rb. Amsterdam 17 februari 2000, parketnr. 13/017058-93 (ELRO AA4869). Deze ontnemingszaak is geënt op art. 36e (oud) Sr. De bewijsvoering van het Openbaar Ministerie was echter mede op een vermogensvergelijking gebaseerd, omdat de betrokkene op grond van art. 140 Sr was veroordeeld. Vgl. hierna nr. 426. Deze zaak is ook besproken door Pheiffer 2000, p. 265-269, die overigens van oordeel lijkt te zijn dat de rechter onvoldoende waarde heeft gehecht aan de door het Openbaar Ministerie aangedragen analyses van forensische accountants.

Hoewel de rechtbank de benaderingswijze van het Openbaar Ministerie op zich verdedigbaar acht, is zij van oordeel dat het aannemelijk is dat Z. na het faillissement '(...) uit welke bron dan ook en ten opzichte van de faillissementscurator frauduleus (...) ' over een vermogen van onbekende omvang beschikte. Mede op grond hiervan wijst de rechtbank de door het Openbaar Ministerie overlegde vermogensvergelijking af. Uit dit voorbeeld mag blijken dat het noodzakelijk kan zijn dat de betrokkene met – overigens niet al te concrete – informatie aankomt op grond waarvan een verdenking (bijvoorbeeld van faillissementsfraude) jegens hem kan rijzen.

Op grond van deze voorbeelden zou men kunnen concluderen dat de verklaringsvrijheid van de betrokkene wordt beperkt doordat hij voor het volgende dilemma wordt gesteld: of hij verstrekt gegevens die hem (potentieel) belasten, of hij zwijgt en aanvaardt daarmee de mogelijkheid dat daardoor een ontnemingsmaatregel van een te hoog bedrag wordt opgelegd. Hiermee is echter niet gezegd dat er ook zonder meer sprake is van 'improper compulsion' om een belastende verklaring af te leggen. Op dit onderdeel is de samenhang met de eerste vuistregel van doorslaggevend belang: art. 36e lid 3 Sr moet, in het licht van art. 6 lid 2 EVRM, zo worden uitgelegd dat de bewijslast en het bewijsrisico bij het Openbaar Ministerie liggen. In samenhang daarmee moet als vereiste worden gesteld dat de rechter de overtuiging krijgt, op basis van het door het Openbaar Ministerie aangedragen materiaal, dat aan het vermogen van de betrokkene een wederrechtelijke herkomst ten grondslag ligt. Indien de eerste vuistregel op deze wijze in acht wordt genomen, rust op de betrokkene niet meer dan een bewijsvoeringslast. Hij hoeft in dat geval geen tegendeelbewijs te leveren. Van hem wordt niet meer verwacht dan dat hij tegenbewijs aandraagt, bijvoorbeeld door te wijzen op logische en feitelijke inconsistenties in de bewijsredenering van het Openbaar Ministerie (zie nr. 416). In deze interpretatie mogen er dan ook geen vergaande consequenties worden verbonden aan het achterwege blijven van een verklaring van de betrokkene. Zodoende wordt er geen 'improper compulsion' op de betrokkene uitgeoefend, en wordt het *nemo tenetur*-beginsel gerespecteerd.³³⁵

Het voorgaande laat tegelijkertijd zien dat, teneinde 'improper compulsion' te voorkomen, er dusdanige hoge eisen moeten worden gesteld aan het door het Openbaar Ministerie aan te dragen bewijsmateriaal en aan de bewijswaarderingsmaatstaf, dat de mogelijkheden van art. 36e lid 3 Sr op dit punt veel minder

335 Ik veronderstel hier dat de betrokkene beschikt over rechtsbijstand. Zie noot 277. Zie verder ook nr. 402, waarin met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr uiteen is gezet dat het *nemo tenetur*-beginsel niet in de weg staat aan elke inperking van de verklaringsvrijheid, mits de toepassing van het rechterlijk vermoeden behoedzaam geschiedt. Tot slot wijs ik erop dat ook in de 'gewone' strafzaak de verklaringsvrijheid van de betrokkene niet onbegrensd is. Zie naast nr. 378, HR 19 maart 1996, NJ 1996, 540, m.nt. Sch, HR 3 juni 1997, NJ 1997, 584, Reijntjes 1980, p. 167-169, Rozemond 1998, p. 322-326, Corstens 1999, p. 623, en Nijboer 2000, p. 208-209.

spectaculair zijn dan de minister wil doen voorkomen. De ondertoon in de parlementaire stukken is immers dat de betrokkene maar de (legale) bron van het geld moet aanwijzen.³³⁶ Dit behelst echter meer dan een bewijsvoeringslast en is, in het kader van een verdragsconforme toepassing van art. 36e lid 3 Sr, niet toelaatbaar.

421. Het vierde en laatste criterium waaraan het bewijsregime ex art. 36e lid 3 Sr moet worden getoetst, is de redelijkheid van het gebruik van het dubbele vermoeden. Van belang daarbij is in elk geval dat het gebruik hiervan niet onredelijk bezwarend mag zijn voor de betrokkene, gelet op de mogelijke risico's en de noodzaak van het gebruik van het dubbele vermoeden.

Het eerste aandachtspunt hangt nauw samen met de randvoorwaarden die ik hierboven voor de toepassing van art. 36e lid 3 Sr heb geschetst. De risico's die zijn verbonden aan het gebruik van het dubbele vermoeden worden beperkt door het Openbaar Ministerie als de drager van de bewijslast en het bewijsrisico aan te merken, het vereisen van een rechterlijke overtuiging, het veronderstellen van een (ambtshalve) onderzoeksplicht naar de voor de betrokkene gunstige feiten en omstandigheden alsmede een heldere communicatie met de betrokkene omtrent het gebruik van het dubbele vermoeden. Binnen deze grenzen is het naar mijn mening aanvaardbaar om de wederrechtelijke herkomst van een bepaald vermogen op een indirecte manier vast te stellen. Ik wijs verder nog op een nadeel van de vermogensvergelijking en de kasopstelling. Een informatietekort omtrent de door de betrokkene gedane uitgaven en de toepassing van schijnconstructies leidt ertoe dat de uitkomst van de betreffende berekening *te laag* uitvalt (zie nr. 385). Een in het licht van art. 6 lid 2 EVRM positief te waarderen gegeven is dat deze nadelen ten voordele van de betrokkene uitvallen.

422. Voor wat betreft de noodzaak van het bewijsregime ex art. 36e lid 3 Sr kan er allereerst op worden gewezen dat die noodzaak betrekkelijk ongemotiveerd is aangenomen door de wetgever. In de parlementaire stukken wordt in algemene termen gesproken over het niet-voldoen van het bestaande instrumentarium en de toegenomen behoefte om slagvaardiger te kunnen optreden tegen '(...) bepaalde, dikwijls zeer complexe en geraffineerde, vormen van uiterst lucratieve criminaliteit (...)'.³³⁷ Een nadere, empirische onderbouwing van de noodzaak om juist op de voorgestelde wijze aanpassingen in de bewijsrechtelijke sfeer door te voeren,

336 Zie nr. 360. Voor alle duidelijkheid: het geheel van opmerkingen van de minister in de parlementaire stukken laat ook een andere, minder vergaande interpretatie van de verwachtingen ten aanzien van de betrokkene toe. Zie nr. 367.

337 Zie Memorie van Toelichting, p. 4.

ontbreekt echter.³³⁸ Het zou ook niet eenvoudig geweest zijn om deze onderbouwing te geven. Voor de invoering van de ontnemingswetgeving in 1993 werd de ontnemingsmaatregel dusdanig weinig toegepast, dat het signaleren van praktische bewijsproblemen op basis van concreet misgelopen ontnemingsvorderingen³³⁹ vrijwel onmogelijk was. Maar is nu ook gezegd dat, gelet op de rechtspraak van het EHRM, de noodzaak van een ontnemingsmaatregel in de zin van art. 36e lid 3 Sr in het geheel ontbreekt?

Wie de uitspraken van het EHRM op het terrein van het gebruik van vermoedens in het strafproces bestudeert, krijgt niet de indruk dat het hof, in het kader van de toetsing van de redelijkheid van het gebruik van vermoedens, specifieke eisen stelt aan de noodzaak die ten grondslag ligt aan bepaalde bewijsrechtelijke constructies. Ging het in de zaak *John Murray* nog om de vervolging van een IRA-lid, in de zaak *Salabiaku* betrof het de smokkel van een niet al te grote hoeveelheid drugs. Concrete criteria met betrekking tot de aard of de omvang van de strafbare feiten zijn hieraan in elk geval niet te ontlelen.³⁴⁰ Gelet op deze lankmoedige opstelling van het hof, lijkt het gebruik van het dubbele vermoeden bij de toepassing van art. 36e lid 3 Sr – mits gehanteerd binnen de gestelde randvoorwaarden – niet tot problemen te leiden.³⁴¹ De noodzaak van het gebruik van het dubbele vermoeden is immers *in abstracto* gelegen in de moeilijkheidsgraad om, gelet op het 'vloeiende' karakter van misdadigheid (zie nr. 320), tot nauwkeurige feitelijke vaststellingen te komen omtrent de verkrijging van wederrechtelijk voordeel indien er sprake is van een complex van strafbare feiten in georganiseerd verband.

423. Samenvattend: het antwoord op de vraag of de toepassing van art. 36e lid 3 Sr tot schending van art. 6 lid 2 EVRM leidt, is in hoge mate afhankelijk van de randvoorwaarden die men voor die toepassing stelt. In het voorgaande heb ik onderzocht welke randvoorwaarden moeten worden gesteld om juist een schending

338 Zie voor vergelijkbare kritiek Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 60-61, en Keijser-Ringnalda & Rozemond 1993, p. 634-636.

339 Voor alle duidelijkheid: voor 1 maart 1993 kon het Openbaar Ministerie geen afzonderlijke ontnemingsvordering doen uitgaan, maar vormde de vordering tot oplegging van een ontnemingsmaatregel onderdeel van het requisitoir.

340 Dit is echter geen reden om te concluderen dat het noodzaak-criterium in het geheel geen rol meer speelt. Het gebruik van vermoedens is een indirecte manier van de vaststelling van feiten die achterwege moet blijven indien daartoe geen enkele aanleiding is.

341 Problemen die zich voordoen bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, hoe complex deze ook kunnen zijn, vormen overigens geen argument voor het geheel terzijde schuiven van art. 6 lid 2 EVRM. Vgl. overweging 74 in de zaak *Saunders*, waar het EHRM in het kader van het *nemo tenetur*-beginsel het argument van de Britse regering dat de complexiteit van de bedrijfsfraude en het algemene belang van een effectieve bestrijding een uitzondering op dit beginsel kan rechtvaardigen, verwierpt. Het hof '(...) considers that the general requirements of fairness contained in Article 6, including the right not to incriminate oneself, apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex.'

van art. 6 lid 2 EVRM te voorkomen. Die voorwaarden zijn dat de bewijslast en het bewijsrisico bij het Openbaar Ministerie liggen, dat de maatstaf voor de bewijswaardering die van de rechterlijke overtuiging is, en op de verdachte niet meer dan een bewijsvoeringslast rust. Wie echter de wijze waarop art. 36e lid 3 Sr kan of moet worden toegepast, anders inkleurt, voorziet – terecht – een veel grotere kans dat art. 6 lid 2 EVRM wordt geschonden.³⁴²

5.4.4 *Het bestaansrecht van art. 36e lid 3 Sr in bewijsrechtelijk perspectief*

424. De randvoorwaarden die vanuit het perspectief van art. 6 lid 2 EVRM aan de toepassing van het bewijsregime ex art. 36e lid 3 Sr moeten worden gesteld, leiden ertoe dat de keuze valt op de minst vergaande interpretatie van de parlementaire uitspraken over de toepassing van art. 36e lid 3 Sr (zie nr. 367). De toepassingsmogelijkheden van art. 36e lid 3 Sr zijn hierdoor minder spectaculair dan men bij een vluchtige lezing van die parlementaire stukken zou verwachten. Zo blijkt het niet toegestaan te zijn om ten aanzien van de betrokkene de verwachting te koesteren dat hij zonder meer tekst en uitleg geeft over de herkomst van de aangetroffen gelden (zie nr. 420). Ik wil aan de geconstateerde beperkingen de vraag koppelen welke meerwaarde het derde lid van art. 36e Sr nog heeft boven de mogelijkheden die het tweede lid van art. 36e Sr biedt, indien men uitgaat van de hiervoor verdedigde verdragsconforme interpretatie.

425. Art. 36e lid 3 Sr lijkt in het leven te zijn geroepen voor twee situaties.³⁴³ Allereerst de situatie waarin iemand stelselmatig en al dan niet in georganiseerd verband strafbare feiten begaat. Door de hoeveelheid aan strafbare feiten is het moeilijk om achteraf vast te stellen welke feiten de betrokkene precies heeft begaan en hoeveel voordeel uit elk afzonderlijk feit is voortgevloeid. Daarnaast is er de situatie waarin binnen een min of meer georganiseerd verband vermogensverschuivingen plaatsvinden, in het bijzonder van de uitvoerders naar de top van de organisatie. Dit vermogen, dat wederrechtelijk is verkregen, komt daardoor terecht bij personen waarvan het vaststellen van daderschap – bestaande uit bijvoorbeeld het uitlokken of het medeplegen van de begane feiten – praktisch gezien geen haalbare kaart is.

Ten aanzien van de eerste situatie kan worden gewezen op de ruimte die de Hoge Raad reeds biedt om op basis van art. 36e lid 2 Sr het voordeel uit een complex van feiten te ontnemen (zie nr. 334-337). Indien de door de betrokkene

342 Zie met name Wöretshofer 1993, 62, en Doorenbos 1997, p. 123.

343 In de parlementaire stukken komt dit niet expliciet tot uiting, maar één en ander laat zich afleiden uit de verwijzingen naar de stelselmatige en veelal georganiseerde karakter waarin strafbare feiten worden begaan die zeer omvangrijke opbrengsten tot gevolg zouden hebben. Zie bijvoorbeeld Memorie van Toelichting, p. 4.

begane strafbare feiten een zekere homogeniteit vertonen, is het mogelijk, zonder alle feiten afzonderlijk vast te stellen, tot de oplegging van een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 2 Sr te komen mits een extrapolatie van onderzoeksresultaten binnen aanvaardbare grenzen kan plaatsvinden. De uitkomst van de extrapolatie zou eventueel kunnen worden ondersteund door een vermogensvergelijking of een kasopstelling. Art. 36e lid 3 Sr lijkt voor de eerste situatie alleen een meerwaarde te hebben indien het complex van strafbare feiten een minder coherente structuur heeft, bijvoorbeeld omdat de begane strafbare feiten delicten van uiteenlopende aard betreffen.

426. Voor een beoordeling van de tweede situatie is het noodzakelijk om vast te stellen op welke wijze het in ontvangst nemen van wederrechtelijk verkregen voordeel binnen een georganiseerd verband tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt. Drie strafbaarstellingen springen in het oog: heling (art. 416-417bis Sr), de voorgestelde strafbaarstelling van het witwassen³⁴⁴ en deelname aan een criminele organisatie (art. 140 Sr). Ook een cumulatie van deze delicten is niet ondenkbaar. Zo zou de betrokkene kunnen worden verweten dat hij deelneemt aan een criminele organisatie die mede ten doel heeft opbrengsten uit misdrijven wit te wassen.³⁴⁵

Indien de betrokkene voor enig strafbaar feit wordt veroordeeld, kan in de ontnemingsprocedure één van de zojuist genoemde strafbare feiten (of een complex daarvan) als niet-soortgelijk feit gelden. De rechter moet in dat geval onderzoeken of de betrokkene dit feit inderdaad heeft begaan, en zo ja: hoeveel voordeel hij daaruit heeft behaald. Het lijkt er wellicht op dat dit moeilijker te bewijzen is dan hetgeen in het kader van art. 36e lid 3 Sr moet komen vast te staan. Men moet echter niet uit het oog verliezen dat de genoemde delicten niet al te zware vereisten aan het te leveren bewijs stellen. In geval van heling en witwassen hoeft niet komen vast te staan uit welk misdrijf de voorwerpen (het geld) precies afkomstig zijn. Zo gaat het bij het witwassen om opbrengsten die middellijk of onmiddellijk uit enig strafbaar feit afkomstig zijn.³⁴⁶ Er hoeft dus niet te worden aangetoond, evenals bij de toepassing van art. 36e lid 3 Sr het geval is, uit concreet welk strafbaar feit

344 Wetsvoorstel 27 159.

345 Zie over de cumulatie met art. 140 Sr en de helingsbepalingen in relatie tot het begunstigingskarakter van deze bepalingen: Schaap 1999, p. 303-306. Zie ook HR 14 september 1999, NJ 2000, 23. De voorgestelde strafbaarstelling van het witwassen kent geen begunstigingskarakter, aldus Memorie van Toelichting, TK 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 6-7, en Nota naar aanleiding van het Verslag, TK 2000-2001, 27 159, nr. 5, p. 10-11.

346 Zie het voorgestelde art. 420bis en 420quater Sr, en daarover Memorie van Toelichting, TK 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 16-17. Zie met betrekking tot de helingsbepalingen: HR 11 februari 1986, NJ 1986, 554, Schaap 1999, p. 262, 272-292, en Schalken 1999, p. 289.

het geld afkomstig is. Ook hoeft het strafbare feit waarvan men de opbrengst in ontvangst neemt, niet zelf te zijn begaan.³⁴⁷

Met betrekking tot de deelname aan criminele organisatie wijs ik erop dat het mogelijk is om het voordeel te ontnemen dat de betrokkene heeft verkregen tengevolge zijn deelname. Hij hoeft daarvoor niet zelf de delicten te hebben begaan waaruit dat geld primair afkomstig is (zie nr. 311). Daarnaast is voor de toepassing van art. 36e lid 3 Sr vereist dat er een zeker patroon van strafbaar handelen – of betrokkenheid daarbij – komt vast te staan (zie nr. 151). Onder omstandigheden kan uit dezelfde feiten en omstandigheden ook de deelname aan een criminele organisatie blijken.³⁴⁸

427. Uit het voorgaande blijkt dat hetgeen met de toepassing van art. 36e lid 3 Sr wordt beoogd, vaak ook met behulp van art. 36e lid 2 Sr zou kunnen worden bereikt. Daarbij lijkt te gelden dat hoe behoedzamer de toepassing van het derde lid van art. 36e Sr plaatsvindt – dat wil zeggen: hoe hoger de eisen men daarbij aan het bewijs stelt –, hoe waarschijnlijker het is dat in hetzelfde geval ook het wederrechtelijk verkregen voordeel langs de weg van art. 36e lid 2 Sr had kunnen worden ontnomen. Vanuit dit perspectief is de meerwaarde van art. 36e lid 3 Sr betrekkelijk gering. De vraag rijst dan ook of deze bepaling niet zou moeten worden geschrapt. Naar mijn mening valt daar veel voor te zeggen. De (tekst van de) wet en de wetsgeschiedenis lijken immers mogelijkheden te bieden die in het licht van art. 6 lid 2 EVRM niet toelaatbaar zijn, terwijl een verdragsconforme toepassing van art. 36e lid 3 Sr geen duidelijke meerwaarde heeft boven hetgeen dat met het tweede lid van art. 36e Sr is te bewerkstelligen.³⁴⁹

6 Het fiscale perspectief

6.1 Inleiding

428. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel kent in bewijsrechtelijk opzicht, zoals hiervoor is gebleken, beperkingen. Dit is voor sommigen aanleiding te pleiten voor een overwegend fiscale voordeelsontneming.³⁵⁰ Deze zou als

347 Met betrekking tot met name het witwasdelict kan uiteraard wel de vraag rijzen of het aannemen van het bewijs daarvan zich in het concrete geval verhoudt met art. 6 lid 2 EVRM. Vgl. Schalken 1999, p. 303-305, en Groenhuijsen & Van der Landen 2000, p. 997-998. Die vraag kan dientengevolge ook rijzen bij de toepassing van art. 36e lid 2 Sr.

348 Vgl. ook Keulen 1999, p. 68.

349 Zie verder nr. 574.

350 Zie Van Ballegooijen 1997. Voor Duitsland: Hund 1996b, p. 166, Meyer & Hetzer 1997a, Meyer & Hetzer 1997b, Hetzer 1999a, p. 145, en Hetzer 1999b, p. 474.

voordeel hebben dat de overheid wordt bevrijd van de verplichting enige relatie tussen het verkregen voordeel en de daaraan ten grondslag liggende wederrechtelijke bron vast te stellen. Tezamen met de mogelijkheid tot schatting van de verkregen inkomsten, welke weer is verbonden aan een omkering van de bewijslast ten nadele van de belastingplichtige, zou dit een bijzonder slagvaardig en relatief ongecompliceerde confiscatiemogelijkheid moeten opleveren. Hoewel dit onderzoek zich niet ten doel stelt de fiscale mogelijkheden tot ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen uitputtend in kaart te brengen, wil ik niettemin kort bij dit onderwerp stil staan. De vraag is of het fiscale recht werkelijk het panacee is voor bewijsrechtelijke complicaties bij het ontnemen van misdaadgeld.

6.2 *De omkering van de bewijslast in het fiscale recht*

429. Het wederrechtelijk verkregen voordeel geldt veelal als belastbare inkomsten of winst (zie nader nr. 289). Over deze inkomsten of winst wordt belasting geheven, waarbij een tarief van 52% het hoogste is. Deze belastingheffing heeft dus niet tot gevolg dat de betrokkene zijn voordeel in het geheel moet afstaan. Om voor de hand liggende redenen doet de misdadige belastingplichtige veelal geen aangifte van de door hem genoten inkomsten of winst. Aan dit nalaten kunnen twee gevolgen worden verbonden.

Ten eerste, het niet of niet volledig doen van een (waarheidsgetrouwe) aangifte leidt ertoe dat de inspecteur ambtshalve een aanslag mag opleggen. Hij maakt daarbij een schatting van de belastbare inkomsten of winst (art. 11 lid 2 AWR).³⁵¹ Hoewel de inspecteur uiteraard geen volstrekt willekeurige schatting mag doen, worden er geen hoge eisen gesteld aan de ambtshalve aanslag.³⁵² De inspecteur maakt immers een schatting omdat hem niet voldoende informatie door de belastingplichtige is verstrekt. Hierdoor heeft hij ook de ruimte om de ambtshalve aanslag 'zekerheidshalve' wat aan de hoge kant vast te stellen. Indien de betrokkene in rechte opkomt tegen de ambtshalve aanslag, kan alleen worden afgeweken van

351 Tengevolge van de in nr. 288-293 besproken Wbaca (de zogeheten pitbull-wetgeving) hoeft de inspecteur strikt genomen geen rekening te houden met eventuele kosten die verband houden met misdrijven waarvoor de belastingplichtige is veroordeeld. Praktische betekenis heeft dit (vrijwel) niet. Indien de inspecteur zich genoodzaakt ziet om een ambtshalve aanslag op te leggen, ontbreekt hem veelal de informatie uit welke activiteiten de belastingplichtige zijn inkomsten of winst heeft genoten.

352 Vgl. HR 29 september 1993, FED 1994, 45. In zijn noot onder deze uitspraak wijst P.J. Wattel erop dat de inspecteur tenminste feiten en omstandigheden moet aanvoeren waarop zijn vermoeden omtrent de genoten inkomsten of winst zijn gebaseerd. Zie voorts Koopman 1996, p. 172. Vgl. in dit verband ook de strengere norm van § 162 Abs. 1 AO op grond waarvan de (Duitse) belastingdienst verplicht is op alle feiten en omstandigheden acht te slaan die voor de schatting van belang zijn. In deze norm ligt besloten dat de schatting, teneinde deze waarheidsgetrouw mogelijk te laten zijn, sluitend, economisch verantwoord en redelijk moet zijn. Zie Rüsken 1998, § 162, Rn. 5.

het door de inspecteur geschatte bedrag indien 'gebleken is dat en in hoeverre de belastingaanslag (...) onjuist is' (art. 25 lid 6 AWR; zie ook art. 27e AWR). Dit betekent dat de belastingplichtige overtuigend moet aantonen dat de aanslag onjuist is. Deze plicht wordt wel aangeduid als een omkering van de bewijslast.³⁵³ Het is bepaald niet eenvoudig om aan deze bewijslast te voldoen. De belastingplichtige moet alsnog openheid van zaken geven teneinde de onjuistheid van de ambtshalve opgelegde aanslag te kunnen aantonen.

430. Naast het ambtshalve opleggen van een aanslag kan het niet of onjuist doen van een aangifte, mits dit aan grove schuld of opzet is te wijten, het opleggen van een fiscale (vergrijp)boete tot gevolg hebben (art. 67d-67e AWR).³⁵⁴ Deze boete kan oplopen tot een bedrag dat gelijk staat aan het bedrag dat de belastingplichtige heeft getracht te ontlopen. Uitgaande van het hoogste tarief van de inkomstenbelasting (52%) kan aldus het door de belastingplichtige verschuldigde bedrag oplopen tot 104% van het belastbaar inkomen.³⁵⁵ Hoewel de verhoging als doel heeft de belastingplichtige te straffen voor zijn poging tot belastingontduiking, kan de som van de verschuldigde belasting en de boete *de facto* werken als een – afhankelijk van de hoogte van de boete – gedeeltelijke, gehele of overmatige ontneming van het verkregen voordeel.

431. Belastingheffing is dus mogelijk op basis van een schatting in combinatie met een (fiscale) omkering van de bewijslast. Dientengevolge kan de fiscus tamelijk eenvoudig belasting heffen over vermogensbestanddelen die worden aangetroffen en die kennelijk als inkomsten of winst zijn genoten, zonder dat vast hoeft te staan uit welke bron deze zijn verkregen. De omkering van de bewijslast *in fiscalibus* is daarbij bedoeld als een straf middel ter stimulering van het verstrekken van juiste en volledige informatie aan de inspecteur. Het toepassen van de omkering is in beginsel niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM, omdat het opleggen van de aanslag geen *criminal charge* is.³⁵⁶

Dit ligt anders indien aan de belastingplichtige een fiscale vergrijpboete wordt opgelegd. Het opleggen van een boete geldt, gelet op het punitieve karakter daarvan, als een *criminal charge*.³⁵⁷ De hoogte van de boete is mede afhankelijk van de hoogte van de verschuldigde belasting. Hierdoor is de schatting van de belastbare inkomsten of winst, met de daaraan verbonden omkering van de bewijslast,

353 Zie uitgebreid hierover Koopman 1996, p. 141-195, en De Bleeck e.a. 1999, p. 282-286.

354 Zie hierover nader De Bleeck e.a. 1999, p. 348-355.

355 In de winstfeer kan zodoende het verschuldigde bedrag oplopen tot 70% van de belastbare winst.

356 HR 8 juli 1998, BNB 1998, 326, m.nt. P.J. Wattel. Zie, met enige nuanceringen, nader: Feteris 1993, p. 266-268, Koopman 1996, p. 182-185, Hartmann 1998, p. 140, Van Russen Groen 1998, p. 204, en Feteris 1999, p. 224.

357 Zie hierover onder andere Feteris 1993, p. 262-266.

rechtstreeks van belang voor de vaststelling van de boete. De AWR geeft voor deze situatie een onduidelijke regeling. Op grond van art. 25 lid 6 en 27e AWR vindt de omkering van de bewijslast geen toepassing bij een vergrijpboete. Het is echter niet duidelijk of dientengevolge ook de vaststelling van de belastbare inkomsten of winst zonder toepassing van de omkering van de bewijslast dient plaats te vinden.

Ter voorkoming van schending van art. 6 lid 2 EVRM zou een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de vaststelling van de belastbare inkomsten of winst, op basis waarvan enkel de verschuldigde belasting wordt bepaald, en de beslissing of er een vergrijpboete wordt opgelegd, en, zo ja, voor welk bedrag. De tweede beslissing zou geheel los van de eerste vaststelling moeten worden genomen, waarbij de grondslag – de gedraging zoals die in art. 67d-67e AWR wordt omschreven – en de hoogte van de verschuldigde belasting moeten worden vastgesteld zonder toepassing van de omkering van de bewijslast.³⁵⁸ Deze constructie is echter niet goed toepasbaar, omdat in art. 67d-67e AWR wordt voorgeschreven dat de boete tegelijkertijd met de (navorderings)aanslag wordt opgelegd en dat die boete mede berust op het bedrag van die (navorderings)aanslag. De fiscale boeteregeling staat op dit onderdeel dan ook op gespannen voet met art. 6 lid 2 EVRM.³⁵⁹

6.3 *Het fiscale recht als de manier van voordeelsontneming?*

432. Uit het voorgaande overzicht blijkt dat het fiscale recht enkel een adequaat middel kan zijn ter gedeeltelijke ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.³⁶⁰ De mogelijkheid van een schatting van de belastbare inkomsten of winst lijkt, althans vanuit instrumenteel oogpunt, een belangrijk voordeel ten opzichte van de ontnemingsmaatregel te bieden. Daar staat tegenover dat zodoende wel het gevaar bestaat dat er meer belasting wordt geheven dan er eigenlijk verschuldigd is. Bij de toepassing van de belastingheffing als middel om tot een volledige ontneming van het verkregen voordeel te komen, hetgeen kan worden bereikt door de oplegging van een boete, is de kans reëel dat art. 6 lid 2 EVRM

358 De Blicq e.a. 1999, p. 351-352, stellen dat de vaststelling van de hoogte van de boete buiten het bereik van de onschuldpresumptie valt. Deze zou alleen van belang zijn voor de vaststelling of de belastingplichtige de gestelde gedraging heeft begaan. Ik acht dit een aanvechtbaar standpunt, omdat de belastingplichtige niet enkel wordt verweten dat hij tracht te weinig belasting te betalen, maar dat hij *voor een bepaald bedrag* de belasting ontduikt.

359 Zie omtrent deze problematiek nader Feteris 1993, p. 611-612, Koopman 1996, p. 189, Hartmann 1998, p. 140-141, Van Russen Groen 1998, p. 205, en Feteris 1999, p. 229.

360 Vgl. in dit verband Zwemmer 1991, p. 190, die de suggestie doet het wederrechtelijk verkregen voordeel te belasten met een tarief van 100%. De consequentie van dit voorstel zou moeten zijn dat het hanteren van dit tarief de vaststelling van een wederrechtelijk bron vereist. Dientengevolge zou naar mijn mening art. 6 lid 2 EVRM van toepassing zijn, waardoor de mogelijkheid van een omkering van de bewijslast komt te vervallen.

wordt geschonden.³⁶¹ Dientengevolge is het heffen van belasting naar mijn mening, althans voor wat betreft de bewijsrechtelijke aspecten,³⁶² geen goed alternatief voor het toepassen van de ontnemingsmaatregel.³⁶³

Naast het noemen van deze bezwaren kunnen de fiscale mogelijkheden ook langs een andere weg worden gerelativeerd. In de verschillende stadia van de voorbereiding van de ontnemingswetgeving is telkens aandacht besteed aan de ontnemingsmogelijkheden langs de fiscale weg, maar men heeft dit nooit als de meest adequate en wenselijke methode bestempeld.³⁶⁴ Daarbij is van belang dat voor de invoering van de ontnemingswetgeving de belastingheffing wel de meest voorkomende wijze van (pseudo-)ontneming was.³⁶⁵ Kennelijk was deze benadering van het misdaadgeld niet dermate succesvol dat de aanzet tot een uitgebreide strafrechtelijke regeling achterwege kon worden gelaten. Ook thans is het optreden van de fiscus niet zo effectief dat de ontnemingswetgeving met een gerust hart zou kunnen worden afgeschaft.³⁶⁶ Voor de fiscus geldt, evenals voor justitie, dat deze pas in actie kan komen indien er voldoende feiten en omstandigheden blijken waaruit kan worden afgeleid dat er sprake is van – niet of niet volledig aangegeven – inkomsten of winst.

7 Tot slot

433. In de inleiding van dit hoofdstuk heb ik gesteld dat het bewijsrecht van belang is voor het realiseren van het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel beoogt te bewerkstelligen. Het stellen van te strenge eisen aan het bewijs leidt ertoe dat het rechtsherstel niet of slechts in geringe mate kan worden bereikt. Het toelaten van het gebruik van vage vermoedens en veronderstellingen draagt het gevaar in

361 Vgl. in dit verband ook De Camps 2000.

362 Zie voor een overzicht van alle fiscale (on)mogelijkheden in vergelijking met de oplegging van een ontnemingsmaatregel onder andere Keijser-Ringnalda 1994, p. 131-146, Nelen & Sabee 1998, p. 192-196, en Nelen & Sabee 1999, p. 758-760.

363 Dit neemt overigens niet weg dat onder omstandigheden een samenwerking tussen justitie en de fiscus zinvol kan zijn teneinde, in plaats van ontneming, over te gaan tot belastingheffing. In deze zin ook Nelen & Sabee 1999, p. 761-763. De samenwerking tussen justitie en fiscus op het terrein van de ontneming is nader geregeld in onder andere de Aanwijzing ontneming en de Richtlijn voor strafvordering bij ontneming, Stert. 1998, nr. 164. Zie voorts de bronnen genoemd in nr. 290 (noot 255).

364 Zie bijvoorbeeld RAC-rapport 1986, p. 24-25.

365 Uit perikelen die in de jaren tachtig zijn ontstaan rondom de belastingheffing op gelden die door de politie onrechtmatig in beslag waren genomen, zou men wellicht mogen afleiden dat de belastingheffing op misdaadgeld hoofdzakelijk plaats vond op door de politie aangetroffen gelden. Zie over deze perikelen onder andere nader Wattel 1987b, Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 79-81, en Vennix 1998, p. 263-265.

366 Duitse voorstanders van een overwegend fiscale voordeelsontneming verwijzen vreemd genoeg veelal naar het (vermeende) succes van het optreden van de Nederlandse fiscus bij de ontneming. Zie Meyer & Hetzer 1997a, p. 18, Hetzer 1999a, p. 145, en Kaiser 1999, p. 147.

zich dat er een te hoog bedrag wordt ontnomen. In dit hoofdstuk zijn de bewijsrechtelijke voorschriften uiteengezet die met betrekking tot de oplegging van de ontnemingsmaatregel gelden. De verhouding tussen deze voorschriften en het rechtsherstel laat zich aan de hand van de wetsgeschiedenis niet eenvoudig omschrijven. Uit de wetsgeschiedenis blijkt in ieder geval dat de voordeelsontneming niet telkens op bewijsproblemen mag afstuiten, maar er een heldere analyse van de voorkomende bewijsproblemen en de wijze waarop die problemen kunnen of moeten worden verlicht, ontbreekt.

Bij nadere bestudering blijkt dat specifieke bewijsproblemen die zich met betrekking tot de toepassing van art. 36e lid 2 Sr voordoen – kort gezegd: daar waar het gaat om graduele vaststellingen –, met behulp van rechterlijke bewijsvermoedens kunnen worden verlicht. De bevoegdheid tot het gebruik van dergelijke vermoedens vloeit echter niet voort uit de wettelijke bewijsvoorschriften zoals opgenomen in art. 36e lid 2 Sr en art. 511f Sv. Het gaat hier om een algemeen aanvaarde wijze van redeneren door een rechter.

Het opleggen van een ontnemingsmaatregel op grond van art. 36e lid 3 Sr berust op een bewijsrechtelijke constructie die eruit bestaat dat (onder andere) op basis van een onderzoek naar de verhouding tussen het totale vermogen en de (aantoonbare) legale activiteiten van de betrokkene, een oordeel wordt geveld over zijn betrokkenheid bij illegale activiteiten en het daaraan gerelateerde vermogen. Hoewel er interpretaties denkbaar zijn waarbij art. 36e lid 3 Sr een aanzienlijke verlichting van de bewijswaarderingsmaatstaf dan wel een omkering van de bewijslast zou inhouden, dwingt art. 6 lid 2 EVRM tot een veel terughoudender uitleg. Die uitleg komt er in de kern op neer dat de bewijslast en het bewijsrisico bij het Openbaar Ministerie liggen en voor de bewijswaardering het vereiste van rechterlijke overtuiging geldt. Binnen die kaders kan van vermoedens gebruik worden gemaakt. De consequentie hiervan is dat de mogelijkheden tot voordeelsontneming minder spectaculair zijn dan men bij een eerste lezing van de kamerstukken zou verwachten.

De conclusie die hieruit kan worden getrokken, is dat bij het streven naar het rechtsherstel de bewijsvoorschriften van art. 36e Sr, mits bij de toepassing daarvan art. 6 lid 2 EVRM in acht wordt genomen, geen aanleiding geven tot het gebruik van vage vermoedens en veronderstellingen. Tegelijkertijd zorgt de mogelijkheid van het gebruik van vermoedens ervoor dat het realiseren van het rechtsherstel niet bij voorbaat onmogelijk is.

De betalingsverplichting

1 Inleiding

434. De rechter bepaalt, nadat hij het bedrag van het voordeel heeft vastgesteld, de hoogte van de betalingsverplichting. Op grond van art. 36e lid 4 laatste volzin Sr kan de rechter het te betalen bedrag lager vaststellen dan het verkregen voordeel. Hieruit volgt dat beide bedragen in beginsel aan elkaar gelijk zijn. De grondslag voor een afwijkende betalingsverplichting moet dan ook worden gevonden buiten de principes die aan het voordeelbegrip ten grondslag liggen.¹

In dit hoofdstuk behandel ik de matigingsgronden die in de wet en de jurisprudentie naar voren komen.² Allereerst ga ik in op het zesde lid van art. 36e Sr, dat verband houdt met vorderingen van benadeelden, en op het zevende lid, waarin (een deel van) een ne bis in idem-regeling is neergelegd. Vervolgens behandel ik de matigingsgronden die in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen. De meest frequent voorkomende en, vanuit het perspectief van het karakter van de ontnemingsmaatregel, ook meest complexe reden tot matiging is het ontbreken van financiële draagkracht. Daarnaast zijn – minder frequent – voorkomende gronden: het overschrijden van de redelijke termijn, het aanvaarden van de hoogte van de ontnemingsvordering als maximaal op te leggen betalingsverplichting en het ontbreken van een georganiseerd verband waarbinnen de relevante strafbare feiten zijn begaan.

Aan het eind van dit hoofdstuk inventariseer ik welke functies de matiging van de betalingsverplichting heeft. In dat kader sta ik ook stil bij de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel. De reden daarvoor is dat bij de bespreking van de draagkrachtproblematiek blijkt dat de in het geding zijnde belangen van de betrokkene aanleiding kunnen geven om de ontnemingsmaatregel geheel achterwege te laten. Bij de inventarisatie van de functies van de matiging van de betalingsverplichting komt daarom ook de beslissing tot oplegging van die maatregel aan bod.

1 Anders: Wöretshofer 1999, p. 78, die de aftrek van kosten – hetgeen mijns inziens een onderdeel van het voordeelsbegrip is (zie vooral nr. 277) – tot de matigingsgronden rekent.

2 De matigingsgronden hebben alle betrekking op de ontnemingsmaatregel op grond van zowel het tweede als het derde lid van art. 36e Sr.

2 De vorderingen van benadeelden (art. 36e lid 6 Sr)

2.1 Inleiding

435. Het begaan van een strafbare feit kan niet alleen voordeel voor de betrokkene opleveren, maar ook nadeel voor anderen. Dit nadeel vertaalt zich doorgaans in een vordering tot schadevergoeding van de benadeelde. Het strafbare feit kan er daarom toe leiden dat de betrokkene zich geconfronteerd ziet met twee vorderingen: een schadevergoedingsvordering en een ontnemingsvordering. De vraag rijst of, en zo ja: op welke wijze, deze samenloop moet worden genormeerd. In de wet heeft dit zijn beslag gekregen in art. 36e lid 6 Sr, op grond waarvan – kort gezegd – de rechter rekening moet houden met in rechte toegekende vorderingen.

Voor de bespreking en de beoordeling van de regeling van art. 36e lid 6 Sr is het zinvol drie belangen te onderscheiden.³ Ten eerste, het belang van de benadeelde houdt in dat hij bij het vorderen en het verhalen van schadevergoeding in elk geval niet wordt belemmerd door het instellen van een ontnemingsvordering en de eventueel daarop volgende oplegging van een ontnemingsmaatregel. Zijn belang wordt nog beter gediend indien het ontnemingstraject op enigerlei wijze de mogelijkheden tot het vorderen en het verhalen van de schadevergoeding ondersteunt. Ten tweede, de betrokkene heeft er belang bij dat de samenloop van schadevergoeding en ontneming zodanig wordt genormeerd dat hij niet 'dubbel' moet betalen. Het vergoeden van de schade kan er immers toe leiden dat hij het door hem verkregen voordeel weer – geheel of ten dele – verliest. Ten derde, de staat tracht te bewerkstelligen dat de betrokkene het verkregen voordeel kwijtraakt. Dit vereist dat de staat in ieder geval moet kunnen optreden indien er geen benadeelde is of de benadeelde geen actie onderneemt, dan wel het geleden nadeel kleiner is dan het behaalde voordeel. Het adequaat normeren van de samenloop van ontneming en schadevergoeding vereist dat er aan deze drie belangen zoveel mogelijk recht wordt gedaan.⁴

In deze paragraaf wordt ingegaan op de ratio en de toepassingsvoorwaarden van art. 36e lid 6 Sr. Daarbij behandel ik ook de rol van de herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv en sta ik stil bij de situatie waarin de samenloop betrekking heeft op meerdere strafbare feiten en (dientengevolge) meerdere verplichtingen tot schadevergoeding. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de regeling van art. 36e lid 6 Sr en art. 577b lid 2 Sv erin slaagt aan de verschillende belangen recht te doen.

3 Zie Eser 1969, p. 295.

4 Zie voor theoretische modellen voor een normering van deze samenloop: Eser 1969, p. 296-299, en Baumann 1997, p. 158.

2.2 *De ratio van art. 36e lid 6 Sr*

436. Op grond van art. 36e lid 6 Sr moet de rechter 'bij de bepaling van de omvang van het bedrag waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat' daarop de 'aan benadeelden derden in rechte toegekende vorderingen' in mindering brengen.⁵ Anders dan de algemene, facultatieve matigingsgrond van het vierde lid schrijft het zesde lid de vermindering van de betalingsverplichting dwingend voor. De ratio van dit voorschrift is door de minister summier uiteengezet:

Het opleggen en tenuitvoerleggen van de maatregel van artikel 36e Sr door de staat dient er niet toe te leiden dat benadeelden niet aan hun trekken kunnen komen, of dat degene aan wie de maatregel is opgelegd voor hetzelfde bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel zowel door de staat als door derden-benadeelden wordt aangesproken.⁶

In deze passage liggen twee argumenten besloten. Ten eerste, de ontnemingsmaatregel mag niet als effect hebben dat de vorderingen van benadeelden in het gedrang komen. De minister veronderstelt hierbij kennelijk dat door de ontneming het vermogen van de betrokkene dusdanig afneemt dat er onvoldoende vermogensbestanddelen overblijven waarop de benadeelde zijn vordering kan verhalen. Dit hoeft niet altijd het geval te zijn. De betrokkene kan ook vermogend genoeg zijn om beide vorderingen te voldoen.

437. Overtuigender is het tweede argument: door de verplichte matiging wordt voorkomen dat de betrokkene ter zake van hetzelfde feit twee maal moet betalen, éénmaal aan de staat en éénmaal aan de benadeelde. Deze verplichting kan in verband worden gebracht met het karakter van de ontnemingsmaatregel. De maatregel beoogt dat er rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene plaatsvindt door hetgeen te ontnemen dat hij wederrechtelijk heeft verkregen. Indien deze ontneming reeds langs andere weg geschiedt, moet de ontnemingsmaatregel – geheel of ten dele – terugtreden. Het vergoeden van de schade die is ontstaan tengevolge van het strafbare feit waaruit de betrokkene voordeel heeft verkregen, is een dergelijke weg. Zou bij het opleggen van de ontnemingsmaatregel geen rekening worden gehouden met deze schadevergoedingsplicht, dan wordt aan de betrokkene uiteindelijk meer ontnomen dan hij heeft verkregen.

5 In het oude, tot 1 maart 1993 geldende art. 36e Sr was geen voorschrift met betrekking tot de vordering van een benadeelde partij opgenomen. De achterliggende reden lijkt te zijn dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel onwaarschijnlijk werd geacht indien een vordering van een benadeelde viel te verwachten. Eventuele samenloopproblemen moesten daarnaast maar door middel van een herziening van de ontnemingsmaatregel in de procedure van art. 577b lid 2 Sv worden geregeld. Zie Memorie van Antwoord, TK 1981-1982, 15 012, nr. 5, p. 19.

6 Memorie van Toelichting, p. 48.

2.3 *De verhouding tot het voordeelsbegrip*

438. Uit de wet en de wetsgeschiedenis blijkt niet duidelijk of art. 36e lid 6 Sr toeziet op het vaststellen van de hoogte van het voordeel of van de betalingsverplichting. De formulering van dit voorschrift – bij de ‘bepaling van de omvang van het bedrag waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat’ moeten de vorderingen ‘in mindering worden gebracht’ – lijkt het eerste te impliceren. Uit het feit dat ik het voorschrift van art. 36e lid 6 Sr bespreek in het kader van de matigingsgronden, blijkt dat ik die interpretatie niet kan onderschrijven. De Hoge Raad lijkt daarentegen wel een directe relatie te zien tussen het voordeelsbegrip en de reikwijdte van art. 36e lid 6 Sr.⁷ Hieronder zet ik beide interpretaties uiteen.

439. In hoofdstuk 6 is gebleken dat art. 36e Sr toeziet op het voordeel dat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen. De vaststelling van dit voordeel behelst (onder meer) dat niet alleen wordt vastgesteld wat het strafbare feit heeft opgebracht, maar ook welke lasten daaraan zijn verbonden. Men zou nu kunnen stellen dat tot die lasten niet enkel uitvoeringskosten moeten worden gerekend, maar ook verplichtingen tot vergoeding van schade welke is ontstaan tengevolge van het begaan van een strafbaar feit.

Deze stellingname overtuigt naar mijn mening niet. Het voordeelsbegrip ziet toe op de vermogensvermeerdering zoals die in het vermogen van de betrokkene plaatsvindt. Teneinde deze vermogensvermeerdering te bewerkstelligen kan men zich genooddaakt zien eerst bepaalde uitgaven te doen. Deze uitgaven worden gemaakt teneinde het voordeel te realiseren. De schade ziet daarentegen toe op de (vermogens)verarming aan de zijde van de benadeelde.⁸ De plicht tot vergoeding van deze schade houdt weliswaar verband met hetzelfde feit als waarmee het voordeel wordt verkregen, maar het ontstaan en de voldoening van die plicht is geen uitgave die plaatsvindt teneinde het voordeel te realiseren. Anders gezegd: kosten gaan aan het begaan van het feit vooraf,⁹ terwijl de verplichting tot schadevergoeding het gevolg daarvan is.

Het niet-rekenen van een schadevergoedingsverplichting tot het voordeelsbegrip neemt niet weg dat de vergoeding van de schade wel leidt tot een vermindering of het tenietdoen van de tengevolge van het strafbare feit ontstane vermogensvermeerdering. Het vergoeden van de schade leidt er niet toe dat de betrokkene minder

7 HR 11 april 2000, NJ 2000, 590, m.nt. JdH.

8 Waar het gaat om immateriële schadevergoeding (smartengeld) ligt dit iets anders. Er is dan geen sprake van een vermogensvermindering. Maar ook dan gaat het om een nadeel (een vermindering in lustgevoelens) dat in aanmerking komt voor een schadevergoeding. Zie omtrent deze kwestie nader Bloembergen 1965, p. 23-26.

9 Al sluit dat niet uit dat de voldoening van bepaalde kosten achteraf kan geschieden.

of geen voordeel heeft verkregen, maar wel dat hij uiteindelijk minder of geen voordeel overhoudt. In deze zin werkt de schadevergoeding voordeelsontnemend en is het noodzakelijk om bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel daarmee rekening te houden.¹⁰ Dit vloeit voort uit de limiterende werking van het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel, op grond waarvan men moet voorkomen dat aan de betrokkene meer wordt ontnomen dan hij aan wederrechtelijk voordeel heeft verkregen (zie nr. 103). Het voorschrift van art. 36e lid 6 Sr voorziet in de afstemming met de schadevergoeding en moet naar mijn mening dan ook worden opgevat als een verplichte *matiging* van de betalingsverplichting.

Een logisch uitvloeisel van deze interpretatie van art. 36e lid 6 Sr is dat het niet relevant is waaruit de schade van de benadeelde precies bestaat. Of er nu sprake is van zaakschade, letselschade of immateriële schade, de vergoeding hiervan doet het bedrag van het verkregen voordeel verminderen en daarom moet er bij de vaststelling van de betalingsverplichting rekening mee worden gehouden. Het enige vereiste is dat deze schade het gevolg is van hetzelfde strafbare feit waaruit de betrokkene het voordeel heeft verkregen.

440. In de optiek van de Hoge Raad ligt de relatie tussen het voordeelsbegrip en de schadevergoeding, naar het zich laat aanzien, wezenlijk anders.¹¹ In de betreffende procedure stelt de betrokkene dat in de ontnemingsprocedure ten onrechte art. 36e lid 6 Sr niet is toegepast, terwijl in de hoofdzaak onherroepelijk de vordering van de benadeelde partij is toegewezen. Het betreft in dit geval een plicht tot vergoeding van immateriële schade. De Hoge Raad wijst deze klacht op formele gronden af.¹² Vervolgens overweegt hij ten overvloede – het gaat kennelijk om een belangrijke kwestie – dat toepassing van art. 36e lid 6 Sr in dit geval ook niet mogelijk zou zijn geweest:

De regeling van art. 36e, zesde lid, Sr beoogt te voorkomen dat iemand *hetzelfde wederrechtelijk verkregen voordeel* meermalen zou moeten terugbetalen, zij het aan verschillende (rechts)personen. Dit brengt mee dat bij de toepassing van die regeling slechts in aanmerking komt de in rechte onherroepelijk toegekende vordering van een (rechts)persoon strekkende tot vergoeding van diens schade als gevolg van het feit waarop de ontnemingsvordering (mede) steunt, *indien en voorzover tegenover die schade een daarmee corresponderend*

10 Een ruimere uitleg van het voordeelsbegrip, waarbij een daadwerkelijk schadevergoeding als een op de opbrengst drukkende last wordt opgevat, zou overigens niet tot een wezenlijk andere resultaat leiden. In dat geval wordt echter het concept van het voordeelsbegrip genegeerd. Keulen 1999, p. 93, 98, lijkt de schadevergoeding wel als onderdeel van het voordeelsbegrip op te vatten. Op p. 92 spreekt hij echter van een correctie op de voordeelsberekening.

11 HR 11 april 2000, NJ 2000, 590, m.nt. JdH.

12 De betrokkene heeft zich, aldus de Hoge Raad, niet op art. 36e lid 6 Sr beroepen en de onherroepelijkheid van de toewijzing van de vordering was ten tijde van het hoger beroep ook anderszins niet aan de rechter bekend.

voordeel voor de veroordeelde staat. Tegenover de immateriële schade die een (rechts)persoon heeft geleden als gevolg van het feit waarop de ontnemingsvordering (mede) steunt, staat niet een zodanig voordeel.

Het vorenstaande laat onverlet dat de rechter met toepassing van de maatstaf, zoals vervat in de laatste volzin van het vierde lid van art. 36e Sr, het aan de Staat ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel te betalen bedrag lager kan vaststellen dan het geschatte voordeel.¹³

Deze overweging wekt enige verbazing. Allereerst springt in het oog dat de Hoge Raad de ratio van art. 36e lid 6 Sr beperkt formuleert. Het gaat erom dat de betrokkene niet meermaal 'hetzelfde wederrechtelijk verkregen voordeel' moet betalen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat art. 36e lid 6 Sr wil voorkomen dat de betrokkene tweemaal ter zake van 'het bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel' wordt aangesproken.¹⁴ Het gaat om een subtiel, maar belangrijk verschil. Aan het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel wordt, zoals hiervoor is betoogd, geen recht gedaan indien er geen rekening wordt gehouden met een vermindering van het verkregen voordeel langs een andere weg. Daarbij is het naar mijn mening irrelevant wat de aard van de schade is in relatie tot het voordeel.

In welke gevallen voordeel en nadeel met elkaar corresponderen, wordt in het arrest niet duidelijk aangegeven. De Hoge Raad lijkt het toepassingsbereik van art. 36e lid 6 Sr te willen beperken tot die gevallen waarin het voldoen aan de schadevergoeding *de facto* betekent dat de betrokkene het verkregen voordeel aan de benadeelde afstaat. De betrokkene die bijvoorbeeld een portemonnee heeft gestolen, kan de schade voldoen door dezelfde portemonnee (met inhoud) weer terug te geven.

De overwegingen van de Hoge Raad worden verder gecompliceerd door het feit dat de toepassing van art. 36e lid 6 Sr niet alleen aan een nadere voorwaarde wordt gebonden, maar de Hoge Raad ook de mogelijkheid van toepassing van het algemene matigingsrecht van art. 36e lid 4 Sr onder de aandacht brengt. Dit laatste zou erop kunnen duiden dat de Hoge Raad zich bewust is van de ongewenste resultaten waartoe de beperkte uitleg van art. 36e Sr leidt in het geval voordeel en nadeel niet met elkaar corresponderen. Onvermeld blijft in welke gevallen de toepassing van het vierde lid van art. 36e Sr wenselijk of noodzakelijk is.¹⁵

13 Cursiveringen toegevoegd. Een soortgelijke opvatting komt tot uitdrukking in de Ontnemingsrichtlijn. Zie Richtlijn strafvordering bij ontneming, par. 1.3.

14 Memorie van Toelichting, p. 48 (cursivering toegevoegd), geciteerd in nr. 436.

15 Men zou zich voorts nog kunnen afvragen of het gestelde vereiste in overeenstemming is met eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad. Zo worden in HR 9 september 1997, NJ 1998, 90, JOW 1998, 2, proceskosten en wettelijke rente aangemerkt als schadeposten in de zin van art. 36e lid 6 Sr. Tegenover deze posten kan strikt genomen geen corresponderend voordeel staan. De Hullu spreekt in dit verband van een correctie op die rechtspraak. Zie zijn noot onder HR 11 april 2000, NJ 2000, 590.

441. A-G Machielse komt tot een vergelijkbaar oordeel als de Hoge Raad. Naar zijn mening beperkt het toepassingsbereik van art. 36e lid 6 Sr zich tot die gevallen waarin:

(...) de erkenning of voldoening van een vordering van een derde een vermogensverschuiving tot gevolg heeft die een eerdere, wederrechtelijke vermogensverschuiving ten voordele van de veroordeelde en ten nadele van die benadeelde derde, ongedaan maakt (...).

Dit doet zich volgens Machielse bijvoorbeeld voor in geval van oplichting. Door de oplichting verkrijgt de betrokkene in principe een voordeel, dat tevens het nadeel van de benadeelde vormt. De vergoeding van dit nadeel betekent dat de betrokkene zijn (primaire) voordeel weer afstaat aan de benadeelde. Het voordeel wordt als het ware weer teruggeschoven. Maar:

Van zo een verschuiving is geen sprake wanneer de vordering van de benadeelde op de veroordeelde enkel immateriële schade betreft. De derde is niet benadeeld "door wederrechtelijk verkregen voordeel van de vervolgte".

Kortom: alleen in die gevallen waarin voordeel en nadeel spiegelbeeldig zijn, is toepassing van art. 36e lid 6 Sr geboden.

De stellingname van Machielse berust in hoofdzaak op een analyse van de parlementaire stukken. De door hem tussen aanhalingstekens geplaatste woorden verwijzen naar een passage in de Memorie van Toelichting waarin de minister ingaat op de ratio van art. 36e lid 6 Sr. Deze passage opent met de woorden: 'Een eigen positie is in de voorstellen ingeruimd voor degene die door wederrechtelijk verkregen voordeel van de vervolgte is benadeeld.'¹⁶ Deze volzin zet volgens Machielse de toon: 'Het nadeel van de één moet het voordeel van de ander zijn.'¹⁷

Het citaat uit de Memorie van Toelichting is naar mijn mening bepaald niet gelukkig geformuleerd.¹⁸ Men kan immers nimmer door het voordeel van de betrokkene worden geschaad, maar enkel tengevolge van het door de betrokkene begane strafbare feit. Daar komt bij dat in andere passages van de parlementaire stukken, die Machielse ook citeert, de minister bewoordingen hanteert die niet duiden op enigerlei vereiste van een nauwe relatie tussen voordeel en nadeel.¹⁹

16 Memorie van Toelichting, p. 48. Zie voor het vervolg van deze passage het citaat in nr. 436.

17 Daarnaast wijst Machielse er terecht op dat de vorderingen van de benadeelde op dezelfde feiten betrekking moeten hebben als de op te leggen ontnemingsmaatregel.

18 Hetgeen ook op andere plaatsen in de parlementaire stukken voorkomt. Zie bijvoorbeeld Memorie van Antwoord, p. 24.

19 Zo wordt op p. 48 van de Memorie van Toelichting gesproken over het '(...) in mindering brengen op het aan de staat verschuldigde bedrag (art. 36e, zesde lid, Sr, als voorgesteld).' Zie voorts Memorie van Toelichting, p. 67, en Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 3.

Meer in het algemeen moet bij bestudering van de kamerstukken worden vastgesteld dat de minister op geen enkele plaats een scherp onderscheid maakt tussen de vaststelling van de hoogte van het voordeel en de toepassing van matigingsgronden.²⁰ Niettemin lijkt de A-G zijn oordeel hoofdzakelijk te baseren op de letterlijke interpretatie van één zinsnede.

442. De interpretatie van Machielse leidt, evenals als de verwijzing naar de – te beperkt weergegeven – ratio van art. 36e lid 6 Sr door de Hoge Raad, niet tot een bevredigende verklaring voor het vereiste dat het voordeel en het nadeel corresponderend of spiegelbeeldig moeten zijn. Aan het karakter van de ontnemingsmaatregel wordt zodoende geen recht gedaan. Vereist is mijns inziens enkel dat het voordeel en het nadeel het gevolg zijn van hetzelfde strafbare feit. De verplichting tot vergoeding van het geleden nadeel leidt immers tot een vermindering van het bedrag van het verkregen voordeel. Om welk type nadeel het gaat, is daarbij irrelevant. Ook de vergoeding van immateriële schade doet de vermogensvermeerdering tengevolge van het strafbare feit weer verminderen.

De slotsom moet dan ook zijn dat er geen reden is om art. 36e lid 6 Sr in verband te brengen met het voordeelsbegrip in die zin dat het voordeel en het nadeel met elkaar moeten corresponderen of spiegelbeeldig moeten zijn.²¹ De wetsgeschiedenis noch het karakter van de ontnemingsmaatregel geeft aanleiding tot het stellen van een dergelijk vereiste.²²

2.4 Voorwaarden voor toepassing van art. 36e lid 6 Sr

2.4.1 Rechtstreekse benadeling

443. Uit de tekst van de wet blijkt niet wie als benadeelde derden in de zin van art. 36e lid 6 Sr moeten worden gezien. Blijkens de wetsgeschiedenis gaat het om schuldeisers die *rechtstreeks benadeeld* zijn door het feit of de feiten waarvoor

20 Dit euvel heeft ook zijn neerslag gevonden in de wet. Zo moet de rechter op grond van art. 36e lid 4 eerste en laatste volzin niet alleen de omvang van het voordeel schatten, maar ook een betalingsverplichting vaststellen. Art. 511e lid 1 sub a Sv schrijft echter enkel voor dat de rechter de omvang van het voordeel schat. Zie hierover in kritische zin Keulen 1999, p. 280. Voorts houdt de Hoge Raad in eerdere jurisprudentie niet strikt de hand aan dit onderscheid. Zie HR 9 september 1997, NJ 1998, 90, JOW 1998, 2, en HR 9 september 1997, NJ 1998, 91, JOW 1998, 89.

21 Anders: De Hullu in zijn noot onder HR 11 april 2000, NJ 2000, 590. Hij onderschrijft het standpunt van de Hoge Raad en juicht deze 'uit een oogpunt van rechtsvorming' toe. Naar zijn mening heeft art. 36e lid 6 Sr een dermate beperkte rol dat het algemene matigingsrecht van het vierde lid deze zou kunnen overnemen, tengevolge waarvan het zesde lid kan komen te vervallen.

22 In dit licht valt het overigens nog wel te waarderen dat de Hoge Raad naar de matigingsbevoegdheid van art. 36e lid 4 Sr verwijst. Door van deze bevoegdheid gebruik te maken, voorkomt de rechter dat de gestelde beperking van art. 36e lid 6 Sr leidt tot spanning met het normatief-reparatorie karakter van de ontnemingsmaatregel.

de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd.²³ Ook de staat of een ander overheidsorgaan kan als een dergelijke benadeelde gelden.²⁴ Wat het 'rechtstreeks benadeeld zijn' precies inhoudt, wordt echter niet duidelijk.

Het vereiste van rechtstreekse benadeling lijkt overeen te stemmen met het vereiste van 'rechtstreekse schade' zoals dat met betrekking tot de voeging van de benadeelde partij en de schadevergoedingsmaatregel geldt. Art. 51a lid 1 Sv bakent het recht tot voeging als benadeelde partij af tot degenen die rechtstreeks schade hebben geleden door een strafbaar feit. De Hoge Raad heeft overwogen dat eenzelfde beperking geldt met betrekking tot de schadevergoedingsmaatregel.²⁵ Hierdoor is het bijvoorbeeld niet mogelijk dat rechtsopvolgers van de benadeelde, zoals regresnemers (verzekeraars), zich kunnen voegen dan wel als slachtoffer in de zin van art. 36f lid 1 Sr kunnen gelden.²⁶ Daarnaast komen niet alle schadeposten voor vergoeding in aanmerking, waaronder bijvoorbeeld kosten van rechtsbijstand en andersoortige proceskosten.²⁷ Deze kosten komen echter wel op grond van art. 592a Sv voor vergoeding in aanmerking.

De beperkingen die met betrekking tot het vereiste 'rechtstreekse schade' worden gesteld, gelden echter niet met betrekking tot art. 36e lid 6 Sr. Het *rechtstreeks benadeeld* zijn duidt er naar mijn mening op dat het nadeel en het voordeel hun oorsprong in hetzelfde strafbare feit vinden.²⁸ Op die wijze wordt immers voorkomen dat de ontnemingsmaatregel betrekking heeft op voordeel dat reeds is verminderd of tenietgedaan tengevolge van een verplichting tot schadevergoeding.²⁹ Het maakt daarbij niet uit waaruit de schade precies bestaat, en ook niet of de schade door de benadeelde zelf wordt gevorderd dan wel een regresnemer dat doet.

444. Een kwestie die in de ontnemingspraktijk regelmatig tot vragen leidt, betreft de terugvordering van ten onrechte genoten uitkeringen. Twee situaties moeten

23 Memorie van Toelichting, p. 67, en HR 10 februari 1998, NJ 1998, 446, JOW 1998, 52.

24 Memorie van Toelichting, p. 49. Een uitzondering moet worden aangenomen waar het gaat om de fiscus. Zie Memorie van Toelichting, p. 67. Allereerst heeft de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel tot gevolg dat belastingheffing hierover in beginsel niet (meer) mogelijk is. Vgl. echter ook nr. 289-290. Daarnaast kan de ontnemingsmaatregel niet worden opgelegd ter zake van fiscale overtredingen en misdrijven (art. 74 AWR). Zie ook Keulen 1999, p. 94.

25 HR 18 april 2000, NJ 2000, 413.

26 Memorie van Toelichting, TK 1989-1990, 21 345, nr. 3, p. 11-12, en HR 23 maart 1999, NJ 1999, 403. Vgl. ook HR 10 juni 1997, NJ 1998, 54.

27 HR 17 februari 1998, NJ 1998, 449, HR 21 september 1999, NJ 1999, 801, HR 18 april 2000, NJ 2000, 413, en HR 19 september 2000, NJB 2000, p. 1844, nr. 125.

28 Indien de oplegging van de ontnemingsmaatregel op basis van het derde lid van art. 36e Sr plaatsvindt, vereist de toepassing van art. 36e lid 6 Sr dat het betreffende strafbare feit eerst wordt gespecificeerd. De aanleiding daartoe zal veelal (moeten) liggen in het verweer van de betrokkene. Vgl. nr. 418.

29 Zie nr. 439. Vgl. in dit verband ook HR 9 september 1998, NJ 1998, 90, JOW 1998, 2: de verplichting tot vergoeding van proceskosten en wettelijke rente valt onder het bereik van art. 36e lid 6 Sr.

worden onderscheiden. Allereerst, de betrokkene heeft zich schuldig gemaakt aan een delict dat zich specifiek richt op de wederrechtelijke verkrijging van een uitkering (zie art. 227a, 227b, 447c en 447d Sr). Het wederrechtelijk verkregen voordeel bestaat in dat geval uit de ten onrechte ontvangen uitkering. De terugvordering van de uitkering leidt derhalve tot het tenietgaan van het verkregen voordeel.³⁰ De in rechte toegekende vordering van de uitkerende instantie valt derhalve onder het bereik van art. 36e lid 6 Sr.³¹

Het komt daarnaast regelmatig voor dat de betrokkene naast een uitkering ook inkomsten uit andersoortige strafbare feiten (bijvoorbeeld: handel in drugs) geniet. Deze uitkering wordt in dat geval verstrekt op basis van het verstrekken van onjuiste gegevens – te weten: het verzwijgen van de illegale bron van inkomsten – aan de betreffende instantie. Moet de (in rechte toegekende) terugvordering van de onterecht genoten uitkering als vordering in de zin van art. 36e lid 6 Sr worden opgevat?

In de lagere jurisprudentie is wel aanvaard dat de terugvordering in mindering moet worden gebracht op het bedrag van het verkregen voordeel.³² De Hoge Raad oordeelt hier anders over.³³ De terugvordering heeft volgens hem geen betrekking op een nadeel dat de uitkerende instantie rechtstreeks heeft geleden door het strafbare feit ter zake waarvan het verkregen voordeel wordt ontnomen. De benadeling van de uitkerende instantie is immers het directe gevolg van het *niet-melden* van het bestaan van de misdadige inkomstenbron.³⁴ Zou de betrokkene zijn inkomsten wel hebben gemeld, dan had hij geen uitkering ontvangen. Ook in dat geval had aan hem een ontnemingsmaatregel ter zake van de door hem begane strafbare feiten kunnen worden opgelegd. Anders gezegd: de inkomsten uit de uitkering en de inkomsten uit de strafbare feiten zijn beide wederrechtelijk verkregen en kunnen daarom beide worden teruggevorderd/ontnomen.³⁵

30 Vgl. ook Rb. Alkmaar 30 januari 1997, JOW 1997, 88. De Aanwijzing ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, schrijft in dit verband voor dat er alleen een ontnemingsvordering wordt ingesteld in gevallen waarin de uitkerende instantie niet in staat is het ten onrechte uitgekeerde bedrag terug te vorderen.

31 Bij de terugvordering hoeft de uitkerende instantie geen rekening te houden met het al dan niet instellen van een ontnemingsvordering. Zie CRvB 15 oktober 1999, Rawb 2000, 95, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. De Centrale Raad van Beroep wijst erop dat de strafrechter bij de vaststelling van de betalingsverplichting met het administratieve optreden – in deze zaak geen terugvordering, maar een korting op de uitkering – rekening kan houden, en dat eventueel in een procedure van art. 577b lid 2 Sv nog een correctie kan volgen.

32 Rb. Alkmaar 30 januari 1997, JOW 1997, 88. Vgl. ook Rb. Leeuwarden 3 juni 1997, JOW 1998, 19, en Hof Den Haag 6 maart 1996 voor HR 4 februari 1997, JOW 1997, 85. Zie echter ook Rb. Amsterdam 4 oktober 1995, JOW 1996, 69.

33 HR 10 februari 1998, NJ 1998, 446, JOW 1998, 52.

34 Zie de conclusie van A-G Van Dorst voor HR 10 februari 1998, NJ 1998, 446, JOW 1998, 52.

35 In CRvB 15 oktober 1999, Rawb 2000, 95, lijkt de Centrale Raad van Beroep, evenals annotator O.J.D.M.L. Jansen, het onderscheid tussen het verkrijgen van een uitkering tengevolge van het niet-melden van relevante gegevens en het verkrijgen van voordeel uit heling en handel in drugs te negeren. Voor het berechte geval is dit overigens zonder consequenties gebleven omdat de Centrale Raad van Beroep zich op het standpunt stelt dat de strafrechter rekening moet houden met

445. Het niet in mindering brengen van de terugvordering door de uitkerende instantie op de betalingsverplichting is op basis van art. 36e lid 6 Sr juist. Toch is het resultaat niet zonder meer bevredigend. Dat resultaat is immers dat de betrokkene in retrospectief voor de periode waarin hij de strafbare feiten heeft begaan, geen enkele bron van inkomsten heeft gehad. Dit is een kwestie die los staat van het voorschrift van art. 36e lid 6 Sr, maar die wel van belang is in het kader van de draagkrachtproblematiek: in hoeverre is het zinvol om een ontnemingsmaatregel op te leggen die de betrokkene achteraf van een financieel bestaansminimum beroofd? De beantwoording van deze vraag komt in paragraaf 4 van dit hoofdstuk nader aan de orde, maar ik wijs er hier reeds op de cumulatie van ontnemingsvordering en terugvordering vanuit het oogpunt van de draagkracht van de betrokkene reden kan zijn voor een matiging of eventueel het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel.³⁶

2.4.2 In rechte toegekende vorderingen

446. De reikwijdte van art. 36e lid 6 Sr is beperkt tot 'in rechte toegekende vorderingen'. Deze beperking is ingegeven door de gedachte dat de betrokkene vorderingen zou kunnen laten indienen door 'pseudo-slachtoffers'.³⁷ De toekenning van een vordering voorkomt dit kennelijk. Het betreft hier een tamelijk naïeve gedachte van de wetgever.³⁸ In het civiele recht kan men dergelijke (schijn)vorderingen makkelijk laten toekennen. De betrokkene komt als gedaagde in de civiele procedure eenvoudig niet opdagen, waardoor de vordering vrijwel altijd bij verstek zal worden toegewezen op grond van art. 76 lid 1 Rv.³⁹

447. De precieze betekenis van de woorden 'in rechte toegekend' is niet geheel helder. Zo is het niet duidelijk of de toekenning in rechte ook onherroepelijk moet zijn.⁴⁰ In de rechtspraak wordt dit wel aangenomen.⁴¹ Op grond van het karakter van de maatregel zou een nog stringenter eis verdedigbaar zijn. De vermogensvermeerdering tengevolge van het strafbare feit neemt immers pas af op het moment

administratieve sancties en niet vice versa. Zie noot 31.

36 Een matiging is in dergelijke gevallen aanvaard door Rb. Den Bosch 21 november 1996, JOW 1998, 40, en Rb. Den Bosch 23 december 1997, JOW 1998, 114.

37 Memorie van Antwoord I, p. 9.

38 Vgl. ook Doorenbos 1997, p. 89, en Keulen 1999, p. 95-96.

39 De rechter kan de vordering alleen afwijzen wanneer deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Tot deze conclusie zal de rechter niet snel komen omdat hij slechts eenzijdig wordt geïnformeerd en er weinig ruimte bestaat voor een ambtshalve onderzoek. Zie H.J. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, nr. 167.

40 Keulen 1999, p. 96, stelt dat deze eis niet uit art. 36e lid 6 Sr blijkt.

41 Rb. Leeuwarden 3 juni 1997, JOW 1998, 19, en impliciet ook HR 9 september 1997, NJ 1998, 90, JOW 1998, 2, en HR 9 september 1997, NJ 1998, 91, JOW 1998, 89. Enigszins anders: Rb. Dordrecht 9 november 1995, JOW 1996, 72.

dat de betrokkene daadwerkelijk – al dan niet gedwongen – overgaat tot de vergoeding van het tengevolge van het strafbare feit geleden nadeel. Het is niettemin zinvol dat de rechter reeds in de ontnemingsprocedure tot op zekere hoogte rekening kan houden met een nog te betalen schadevergoeding, omdat daarmee wordt voorkomen dat veelvuldig het bedrag van de betalingsverplichting moet worden gematigd in de herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv.

448. De minister wijst er verder op dat de toekenning in rechte niet alleen door de civiele rechter, maar ook door de strafrechter kan geschieden door het toewijzen van een vordering na voeging van de benadeelde in het strafproces (art. 51a Sv).⁴² Er zijn echter nog andere manieren om binnen het strafrecht tot schadevergoeding te komen, namelijk: het opleggen van een schadevergoedingsmaatregel (art. 36f Sr), de verplichting tot het vergoeden van schade als bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijke veroordeling (art. 14c lid 2 sub 1 Sr) of schadevergoeding als voorwaarde bij een transactie (art. 74 lid 2 sub e Sr). Strikt genomen gaat het hier niet om in rechte toegekende vorderingen. Een vordering van de benadeelde is niet vereist, terwijl er bij de transactie ook geen rechter aan te pas komt. Dit neemt niet weg dat dergelijke vormen van schadevergoeding in de praktijk wel tot bijstelling van de betalingsverplichting leiden.⁴³ Dat verhoudt zich niet met de tekst van art. 36e lid 6 Sr,⁴⁴ maar wel met de ratio van dit voorschrift. In deze gevallen is de betrokkene immers gehouden schade te vergoeden, tengevolge waarvan het bedrag van het voordeel afneemt.⁴⁵

449. In de wetsgeschiedenis worden nog twee andere uitzonderingen geformuleerd op het vereiste dat de vordering in rechte is toegekend. Allereerst merkt de minister op dat een tussen de betrokkene en de benadeelde tot stand gekomen restitutie '(...) niet tot het voordeel van de dader [wordt] gerekend.'⁴⁶ De minister bedoelt hier te zeggen dat het bedrag dat met de restitutie is gemoeid bij de vaststelling van de betalingsverplichting op de omvang van het verkregen voordeel in mindering moet worden gebracht.⁴⁷ Het gaat om een zinvolle aanvulling. Immers, een

42 Zie Memorie van Toelichting, p. 48.

43 Zie Rb. Utrecht 13 februari 1996, JOW 1997, 41 (schadevergoedingsmaatregel), en Rb. Alkmaar 21 februari 1996, JOW 1996, 164 (bijzondere voorwaarde bij voorwaardelijke veroordeling).

44 Vgl. ook, met betrekking tot de bijzondere voorwaarde bij voorwaardelijke veroordeling, Keulen 1999, p. 96.

45 Voor zover men art. 36e lid 6 Sr niet extensief wil interpreteren, biedt het algemene matigingsrecht van art. 36e lid 4 Sr hier uitkomst.

46 Memorie van Toelichting, p. 48.

47 Er kan hier logischerwijs geen sprake zijn van de veronderstelde samenhang tussen de voordeelsberekening en de restitutie, omdat die restitutie niet een tengevolge van het strafbare feit ontstane vermogensvermeerdering voor de betrokkene is. Zie ook nr. 439.

wezenlijk verschil tussen een door de rechter toegekende schadevergoeding en een in overleg betaalde vergoeding ontbreekt.⁴⁸

De minister merkt voorts op:

Het kan echter ook zijn dat (...) de vordering van de benadeelde derde (nog) niet in rechte is vastgesteld of *dat er althans onvoldoende zekerheid bestaat over de omvang of de legitimiteit van diens vordering*. Dan behoeft de rechter op het moment waarop hij de omvang van het te ontnemen voordeel schat, daarmee geen rekening te houden.⁴⁹

Hoewel de minister de vaststelling van de omvang van het voordeel enerzijds en van de hoogte van de betalingsverplichting anderzijds verhaspelt, is de strekking van dit citaat duidelijk. De rechter is bevoegd, maar niet verplicht, rekening te houden met vorderingen die (nog) niet in rechte zijn toegekend, doch waarvan de omvang en de legitimiteit voldoende vaststaan. Op die manier wordt voorkomen dat de ontnemingsmaatregel in een later stadium onnodig vaak moet worden herzien in een procedure van art. 577b lid 2 Sv. In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn deze beide uitzonderingen bevestigd.⁵⁰

450. Uit dit overzicht blijkt dat het argument om het toepassingsbereik van art. 36e lid 6 Sr te beperken tot in rechte toegekende vorderingen, niet sterk is. Vorderingen van 'pseudo-slachtoffers' worden met dit vereiste niet buiten de deur gehouden. Daarnaast bestaat er aanleiding om de betalingsverplichting ook bij te stellen indien er een verplichting tot schadevergoeding bestaat die strikt genomen niet voortvloeit uit een toekenning in rechte. Het valt dan ook te overwegen om de tekst van art. 36e lid 6 Sr aan te passen. In plaats van het vereiste van de toekenning in rechte kan er beter worden gesteld dat bij het vaststellen van de betalingsverplichting rekening moet worden gehouden met reeds betaalde schadevergoeding en met de vordering tot schadevergoeding waarvan de omvang en de legitimiteit voldoende vaststaan. Onder dit laatste is ook te verstaan een vordering tot schadevergoeding die op grond van een strafrechtelijke sanctie of een transactie moet worden voldaan.

48 De Ontnemingsrichtlijn schrijft tevens voor dat bij de ontnemingsvordering rekening moet worden gehouden met restituties. Zie Richtlijn strafvordering bij ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, par. 1.1.3.

49 Memorie van Toelichting, p. 48 (cursivering toegevoegd).

50 HR 9 september 1997, NJ 1998, 90, JOW 1998, 2, en HR 9 september 1997, NJ 1998, 91. Zie ook Rb. Leeuwarden 24 oktober 1996, JOW 1997, 20. De grondslag voor deze matiging kan, indien men art. 36e lid 6 Sr niet extensief wil interpreteren, worden gevonden in de algemene matigingsbevoegdheid van art. 36e lid 4 Sr.

2.5 De benadeelde en de procedure van art. 577b lid 2 Sv

451. Naast art. 36e lid 6 Sr is ook de herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv van belang voor de afstemming van de ontnemingsmaatregel met vorderingen van benadeelde derden.⁵¹ Indien de rechter bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel geen rekening heeft gehouden met de vordering van een benadeelde, kan de benadeelde of de betrokkene het verzoek doen het bedrag van de ontnemingsmaatregel alsnog te matigen.⁵² De betrokkene voorkomt hiermee dat hij twee maal zijn voordeel moet afstaan. Voor de benadeelde is deze mogelijkheid vooral interessant indien de opgelegde ontnemingsmaatregel reeds is voldaan. In dat geval beveelt de rechter namelijk dat (een gedeelte van) het betaalde bedrag aan de benadeelde wordt uitgekeerd door het Openbaar Ministerie (art. 557b lid 2 tweede volzin Sv).⁵³

Het verzoek tot herziening kan alleen worden toegewezen op grond van omstandigheden die zich na de uitspraak hebben voorgedaan of die ten tijde daarvan niet (volledig) aan de rechter bekend waren (art. 577b lid 4 Sv). Het betreft hier het zogeheten *novum*-vereiste. In de hier besproken context bestaat het *novum* uit het feit dat er tijdens de procedure (nog) geen sprake was van een onherroepelijk in rechte toegekende vordering, dan wel dat deze niet aan de rechter bekend was. Indien de vordering alsnog onherroepelijk in rechte wordt toegekend, is er sprake van een *novum*.⁵⁴ Dat geldt naar mijn mening ook indien de rechter in de ontnemingsprocedure de omvang en de legitimiteit van de vordering voldoende vond vaststaan, maar hij niettemin geen rekening met die vordering heeft willen houden bij de vaststelling van de betalingsverplichting.

2.6 Samenloop van strafbare feiten en vorderingen

452. Een ontnemingsvordering kan betrekking hebben op meerdere strafbare feiten. In dat geval legt de rechter, ook al is er sprake van twee of meer deelbeslissingen,⁵⁵ één ontnemingsmaatregel en dus één betalingsverplichting op. De vraag rijst dan of de vordering ter zake van een bepaald feit alleen op het voordeel dat met dat feit is verkregen, in mindering wordt gebracht, of dat het bedrag van het totale voordeel wordt verminderd met het gecumuleerde bedrag van de vorderingen. Stel: de betrokkene staat terecht voor vier diefstallen. Elke diefstal heeft een voordeel opgeleverd van f 3000, waardoor het totale voordeel f 12.000 bedraagt. In de

51 Zie over deze procedure nader De Doelder & Mul 1997, p. 246-247, en Keulen 1999, p. 343-346.

52 Ingevolge art. 577b lid 6 Sv kan dit verzoek worden gedaan zolang er geen drie jaar is verstreken sinds de dag waarop het bedrag van de ontnemingsmaatregel (geheel) is voldaan of verhaald.

53 Is de ontnemingsmaatregel nog niet voldaan, dan kan de rechter het bedrag van de maatregel verminderen met het bedrag van de (in rechte toegekende) vordering.

54 Keulen 1999, p. 97. Zie ook HR 16 november 1999, nr. 111.455 P (niet gepubliceerd).

55 Zie nr. 169.

ontnemingsprocedure is slechts één (onherroepelijk in rechte toegekende) vordering bekend. De hoogte daarvan is f 6000. Moet de betalingsverplichting nu f 9000 of f 6000 bedragen?

Art. 36e lid 6 Sr ziet, zoals hiervoor is gebleken, toe op het in mindering brengen van het nadeel dat uit hetzelfde feit als het voordeel is voortgekomen. Een consequente toepassing van dit voorschrift brengt met zich mee, zo zou men kunnen stellen, dat enkel met dat nadeel rekening wordt gehouden voor zover het bedrag van het daaraan gerelateerde voordeel in de ontnemingsmaatregel wordt betrokken.⁵⁶ De betalingsverplichting bedraagt dan f 9000. Voor het feit waarvan de vordering bekend is, overtreft de schade het behaalde voordeel. Met betrekking tot de overige feiten is het voordeel drie maal f 3000.⁵⁷

Het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel leidt echter tot een andere interpretatie. Voor de betrokkene gaat het in de geschetste omstandigheden om het voordeel dat hij overhoudt aan deze serie van strafbare feiten. Van belang is daarbij niet het voordeel en de schadevergoedingsverplichting per strafbaar feit, maar het totaal van beide. In de concrete omstandigheden van het geval staat voor hem tegenover het voordeel van f 12.000 een verplichting tot schadevergoeding van f 6000. Hierdoor houdt hij uiteindelijk een bedrag van f 6000 aan voordeel over. In het licht van (de limiterende werking van) het karakter van de ontnemingsmaatregel moet de toepassing van art. 36e lid 6 Sr dan ook plaatsvinden op basis van de gecumuleerde bedragen.⁵⁸

2.7 Een geslaagde afstemming van de betrokken belangen?

453. Aan het begin van deze paragraaf heb ik drie belangen onderscheiden. Gelet op hetgeen naar voren is gekomen over de voorwaarden en de wijze van toepassing van art. 36e lid 6 Sr, komt de regeling van art. 36e lid 6 Sr, aangevuld door de procedure van art. 577b lid 2 Sv, in principe aan alle belangen tegemoet. De benadeelde wordt bij de uitoefening van zijn recht op schadevergoeding niet gefrustreerd door de oplegging van een ontnemingsmaatregel. Is zijn vordering onherroepelijk in rechte toegekend, dan moet deze in mindering worden gebracht op de omvang van het verkregen voordeel. In andere gevallen is de rechter daartoe bevoegd. Indien een ontnemingsmaatregel is betaald of verhaald, kan de benadeelde een uitkering daarvan verzoeken voor zover de rechter in de ontnemingszaak geen rekening heeft gehouden met zijn vordering.

56 In deze zin Simmelink & Van der Neut 1996, p. 549-550, Van der Neut 1997, p. 67, en De Hullu in zijn noot onder HR 11 april 2000, NJ 2000, 590.

57 Tot hetzelfde resultaat komt ook Rb. Zwolle 23 oktober 1997, JOW 1998, 4.

58 Zie ook nr. 318, waar een soortgelijke benadering wordt bepleit met betrekking tot de compensatie van verliezen ingeval de betrokkene gedurende een bepaald tijdvak strafbare feiten begaat.

Het belang van de betrokkene wordt in acht genomen, indien de cumulatie van de vordering tot schadevergoeding en de ontnemingsvordering hem niet tot een dubbele betaling dwingt. Art. 36e lid 6 Sr en de mogelijkheid tot matiging van de opgelegde maatregel in een procedure van art. 577b lid 2 Sv komen aan dat belang tegemoet. Wel stelt de Hoge Raad in het besproken arrest van 11 april 2000 een vereiste aan de toepassing van art. 36e lid 6 Sr dat het belang van de betrokkene onnodig verkort: het voordeel en het nadeel moeten met elkaar corresponderen. Het hanteren van dit vereiste verdient geen navolging.

Het belang van de staat dat de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel niet afhankelijk is van het bestaan en het initiatief van een benadeelde, wordt eveneens naar behoren gediend. Indien er geen benadeelde is of deze geen actie onderneemt, bestaat er geen beletsel voor het opleggen van een ontnemingsmaatregel.⁵⁹

454. De conclusie dat art. 36e lid 6 Sr in principe aan alle belangen tegemoet komt, neemt niet weg dat er over de verhouding tussen de staat en de benadeelde in relatie tot de voordeelsontneming meer valt te zeggen. Het voorschrift van art. 36e lid 6 Sr moet, zo is gebleken, worden opgevat als een afstemmingsmechanisme voor het geval een schadevergoedingsvordering en een ontnemingsvordering cumuleren. De wet gaat echter niet zover dat er ook principieel voorrang wordt verleend aan de schadevergoeding boven de voordeelsontneming.⁶⁰ De minister formuleert het als volgt:

De verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel moet niet worden opgevat als een generale opdracht aan de overheid tot herstel van onrecht in het algemeen (...) het voorstel [strekt] er niet toe de staat de rol en de verantwoordelijkheid van derden te doen overnemen.⁶¹

59 Zie in dit verband nog HR 7 maart 2000, NJ 2000, 363, waarin de Hoge Raad, onder verwijzing naar de conclusie van A-G Jörg, oordeelt dat indien de benadeelde de betrokkene (gedeeltelijk) finale kwijting verleent van een schadevergoedingsplicht, dit niet in de weg staat aan de oplegging van het uit het betreffende feit verkregen voordeel. A-G Jörg formuleert het als volgt: 'Dat door kwijtschelding de benadeelde geen aanspraken meer heeft jegens de veroordeelde en de veroordeelde geen schulden meer heeft aan de benadeelde betekent immers niet dat de veroordeelde geen wederrechtelijk verkregen voordeel heeft genoten, maar slechts dat de benadeelde om hem moverende redenen afstand heeft gedaan van het recht de veroordeelde daarop aan te spreken. Dat de benadeelde geen effectieve actie onderneemt betekent (...) niet dat het wederrechtelijk verkregen voordeel dan maar bij de veroordeelde dient te blijven. Dat zou in strijd zijn met het doel van de ontnemingsmaatregel.'

60 Kritisch daarover zijn Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 177-180, die in dit kader pleiten voor een wettelijke onderzoeksplicht naar de herkomst van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

61 Memorie van Antwoord, p. 34. Zie ook Memorie van Toelichting, p. 48, en Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 3.

Deze benadering van de positie van door strafbare feiten benadeelden strookt niet met het gedachtegoed van de wet-Terwee.⁶² Van de overheid mag worden verwacht dat bij de vraag of, en zo ja: op welke wijze, strafrechtelijk wordt opgetreden ter zake van een strafbaar feit, ook het belang van de benadeelde wordt betrokken.⁶³ In de context van de voordeelsontneming geldt niets anders. Het Openbaar Ministerie moet naar mijn mening, alvorens een ontnemingsvordering in te stellen, onderzoeken of het de benadeelde tegemoet kan komen door een strafbaar feit ten laste te leggen om zodoende een voeging in het strafproces (art. 51a Sv) of de oplegging van een schadevergoedingsmaatregel mogelijk te maken. Voor zover er na de eventuele toewijzing van de vordering of het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel nog voordeel resteert, is een ontnemingsvordering mogelijk.⁶⁴ Een dergelijke gang van zaken komt op dit moment niet tot uitdrukking in het beleid van het Openbaar Ministerie ter zake van de voordeelsontneming.⁶⁵

455. De vraag rijst daarnaast of het voorgaande aanleiding geeft tot aanpassing van art. 36e Sr. Ik wijs erop dat in de ontnemingspraktijk soms de gedachte leeft dat de ontnemingswetgeving met name de eigen belangen van de staat – in de zin van het ten behoeve van de schatkist incasseren van gelden – boven die van de benadeelde zou plaatsen.⁶⁶ Zo zijn er in de praktijk ontnemingsvorderingen afgewezen omdat de rechter principieel voorrang wilde verlenen aan de vorderingen van de benadeelde zonder dat aan de voorwaarden van art. 36e lid 6 Sr was voldaan.⁶⁷ Is er aanleiding om art. 36e Sr in deze zin aan te passen?

In dit verband is een verwijzing naar het Duitse recht zinvol. Op grond van de tweede volzin van § 73 Abs. 1 StGB is de toepassing van het *Verfall* niet mogelijk '(...) soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.'⁶⁸ De rechtspraak legt deze zinsnede zo uit dat alleen al het enkele bestaan

62 De parlementaire behandeling van deze wet heeft in dezelfde periode (1989-1992) plaatsgevonden als de behandeling van de ontnemingswetgeving.

63 Zie in dit verband Memorie van Antwoord, TK 1990-1991, 21 345, nr. 5, p. 10-11, en voorts Richtlijn slachtofferzorg, Stcrt. 1995, nr. 65, paragraaf 3, onderdeel 13, opgevolgd door Aanwijzing slachtofferzorg, Stcrt. 1999, nr. 141, paragraaf 'Vervolging', sub 2.

64 Voor die mogelijkheid is het wel van belang dat het Openbaar Ministerie uiterlijk bij requisitoir aankondigt dat het voornemens is een ontnemingsvordering in te stellen (art. 311 lid 1 Sv). Of aan dat voornemen ook gevolg wordt gegeven, behoort af te hangen van de uitkomst in de hoofdzaak.

65 De Aanwijzing ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, par. 1.6 onder het kopje 'Vervolging', bepaalt dat het Openbaar Ministerie in beginsel altijd een ontnemingsvordering instelt indien er benadeelden zijn. Dit ligt alleen anders indien er sprake is van actieve en weerbare benadeelden die te kennen hebben gegeven zelf hun rechten geldend willen maken.

66 Zie Nelen & Sabbe 1998, p. 192. Deze opvatting zou volgens hen vooral onder rechters leven.

67 Zie Rb. Zwolle 4 november 1993, JOW 1996, 26, Rb. Assen 24 mei 1995, JOW 1996, 98, en Hof Den Bosch 26 april 1996, JOW 1996, 159.

68 Het betreft hier benadeelden die tengevolge van het strafbare feit schade hebben geleden. Zie BGH 20 februari 1981, BGHSt 30, 46, NJW 1981, p. 1457-1458. Het in de tweede volzin van § 73 Abs. 2 StGB bepaalde is overigens niet van toepassing op het *erweiterte Verfall*. Zie daarover in kritische

van een vordering – en niet het daadwerkelijk geldend maken daarvan – voldoende is om de mogelijkheid van *Verfall* buiten werking te stellen.⁶⁹ De ratio van deze regeling is tweërlei. Enerzijds wil men voorkomen dat de betrokkene wordt geconfronteerd met een 'dubbele' ontneming, anderzijds beoogt de Duitse wetgever een proceseconomische regeling die een latere herziening van het *Verfall* niet nodig maakt.⁷⁰

De uitsluiting van het *Verfall* in het geval dat er enigerlei aanspraak van een benadeelde bestaat, wordt in de literatuur veelal bekritiseerd. Het wordt ongewenst geacht dat ontneming niet mogelijk is indien de benadeelde niet in actie komt. De betrokkene blijft dan in het bezit van de opbrengst van het strafbare feit. Daarnaast wordt erop gewezen dat de regeling van § 73 Abs. 1 tweede volzin StGB de benadeelde niet tegemoet komt bij het verhalen van zijn schade.⁷¹ Het aanpassen van art. 36e Sr naar Duits model verdient dan ook geen aanbeveling. Niet alleen zou de mogelijkheid tot voordeelsontneming al te zeer worden ingeperkt, ook de benadeelde is bij een dergelijke regeling niet gebaat.⁷² De waarborg voor het verlenen van voorrang aan de schadevergoeding boven de voordeelsontneming moet, zoals hiervoor is aangegeven, worden gevonden in het vervolgings- en afdoeningsbeleid van het Openbaar Ministerie.

Inmiddels ligt er in Duitsland een wetsvoorstel dat aan de geuite kritiek tegemoet wil komen.⁷³ Hierin wordt voorgesteld dat een aanspraak van een benadeelde alleen aan ontneming in de weg staat indien en voor zover die vordering

zin Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73d, Rn. 6.

69 Zie meest recentelijk BGH 27 augustus 1993, wistra 1993, p. 336, BGH 13 december 1994, StV 1995, p. 301, en BGH 12 maart 1996, NStZ 1996, p. 332. Deze regel geldt ook voor het *Verfall* van *Surrogaten* en *Nutzungen* (§ 73 Abs. 2 StGB). Zie BGH 19 november 1985, NStZ 1986, p. 165, en OLG Hamm 24 oktober 1996, wistra 1997, p. 108.

70 Zie Güntert 1983, p. 73-74, LK-Schäfer 1985, § 73, Rn. 25, Hildenstab 1990, p. 115-116, en Schulte-Hinrichs 1991, p. 60-61.

71 Zie Eser 1969, p. 298, Güntert 1983, p. 72, Schmitt 1984, p. 299, Herzog 1987, p. 324-325, 330, Kaiser 1989, p. 695, Hildenstab 1990, p. 113-114, Heghmanns 1998, p. 476, en Kaiser 2000, p. 123. De benadeelde wordt wel op een andere wijze tegemoet gekomen. Het Duitse strafprocesrecht laat beslag ten behoeve van de benadeelde toe, al komt dit beslag uiterlijk drie maanden na afloop van het strafproces te vervallen. Zie § 111b Abs. 5, 111c, en 111i StPO, en daarover onder andere LK-Schäfer 1985, Rn. 27-28, Heghmanns 1998, p. 476-477, en Kaiser 2000, p. 123.

72 Zo zou hierdoor de mogelijkheid komen te ontvallen om, nadat een ontnemingsmaatregel is verhaald, een uitkering van het reeds betaalde of geïnde te verzoeken. Vgl. in dit verband ook HR 9 september 1997, NJ 1998, 91, JOW 1998, 2. De Hoge Raad overweegt dat aan de oplegging van een ontnemingsmaatregel niet het bezwaar in de weg staat dat '(...) de benadeelde derde er (...) met het oog op het innen van zijn vordering belang bij kan hebben om pas een vordering in rechte tegen de veroordeelde in te stellen op het moment dat deze aan zijn betalingsverplichting tegenover de Staat heeft voldaan (...) of dit bedrag door het Openbaar Ministerie is verhaald.

73 *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten*, BT-Dr. 13/9742. Zie voor een bespreking van dit voorstel Heghmanns 1998, p. 477-480, Hetzer 1999a, p. 147-148, Kaiser 1999, p. 148, en Kaiser 2000, p. 129. Het wetsvoorstel is, aldus Kilchling 2000, p. 248, aanvankelijk enthousiast ontvangen, maar inmiddels is het onzeker of, en zo ja: wanneer, dit voorstel wet wordt.

daadwerkelijk is voldaan.⁷⁴ Daarnaast voorziet het voorstel in voorzieningen die een uitkering van het reeds aan de staat betaalde aan de benadeelden mogelijk maken.⁷⁵

3 Het voorkomen van bis in idem (art. 36e lid 7 Sr)

3.1 De strekking van art. 36e lid 7 Sr

456. Op grond van art. 36e lid 7 Sr moet de rechter bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel rekening houden met betalingsverplichtingen uit hoofde van eerder opgelegde ontnemingsmaatregelen. Een eerste vraag die rijst is of deze bepaling behoort tot de matigingsgronden⁷⁶ of een andere strekking heeft? De minister stelt dat het zevende lid in de wet is opgenomen met het oog op de vierde variant van art. 36e Sr.⁷⁷ Indien een bepaald strafbaar feit eerder onderwerp is geweest van een ontnemingsmaatregel ex art. 36e lid 3 Sr, mag ter zake van dit feit niet voor een tweede maal een ontnemingsmaatregel worden opgelegd. De minister beschouwt dit voorschrift als waarborg tegen het risico van dubbele ontneming dat voortvloeit uit het principe dat de rechter de relatie tussen het vermogen en de wederrechtelijk verkrijging alleen *in abstracto* vaststelt. Art. 36e lid 7 Sr verplicht de rechter waakzaam te zijn voor dat risico. Diezelfde waakzaamheid is uiteraard ook geboden met betrekking tot de oplegging van een ontnemingsmaatregel op basis van art. 36e lid 2 Sr. Het is geenszins de bedoeling van de wetgever om bij de toepassing van die bepaling het wel mogelijk te maken dat tweemaal hetzelfde voordeel wordt ontnomen.

In hoofdstuk 5 ben ik uitgebreid op mogelijke bis in idem-perikelen ingegaan. Het betrekken van een strafbaar feit in een ontnemingsvordering, terwijl ter zake van dat feit reeds een ontnemingsmaatregel is opgelegd, moet als een ontoelaatbare dubbele vervolging worden beschouwd. Hieraan staat art. 68 lid 1 Sr in de weg (zie nr. 166-171). In dat opzicht is art. 36e lid 7 Sr strikt genomen een overbodige bepaling. Doet er zich een dubbele vervolging voor, dan dient het Openbaar Ministerie mijns inziens niet-ontvankelijk te worden verklaard. Aan het vaststellen van het uit het betreffende feit verkregen voordeel komt de rechter niet toe, en

74 In de literatuur wordt wel aangenomen dat een dergelijke regeling al toepassing vindt bij de *Geldbuße* ex § 17 Abs. 4 OWiG en het *Verfall* ex § 29a OWiG. Zie daarover, met nadere verwijzingen, Drathjer 1997, p. 77-81, 100-102. In deze zin ook BayObLG 27 april 2000, wistra 2000, p. 395.

75 De OWiG en WiStG kennen op dit moment al een dergelijke voorziening. Zie § 99 Abs. 2 OWiG en § 9 Abs. 2 WiStG. Zie daarover nader Drathjer 1997, p. 154-157.

76 In die zin Keulen 1999, p. 101, en Wöretshofer 1999, p. 77-78.

77 Memorie van Toelichting, p. 68. Zie voor het Duitse equivalent van art. 36e lid 6 Sr het voorschrift van § 73d Abs. 3 StGB, waarover nr. 405. Het Duitse voorschrift ziet toe op het *erweiterte Verfall*.

derhalve ook niet aan matiging van dat bedrag. Art. 36e lid 7 Sr behoort, zo bezien, niet tot de matigingsgronden.

3.2 Art. 36e lid 7 Sr en afroomboeten

457. Art. 36e lid 7 Sr kan in een ander opzicht wel als matigingsgrond gelden. In nr. 98 is aan de orde geweest dat in het Nederlandse strafrecht de oplegging van een zogeheten afroomboete mogelijk is.⁷⁸ Een dergelijke boete strekt er mede toe het door de betrokkene verkregen voordeel geheel of ten dele te ontnemen.⁷⁹ Het opleggen van een afroomboete is niet onproblematisch. Er bestaat immers de mogelijkheid dat met betrekking tot hetzelfde feit een ontnemingsvordering wordt ingesteld. Wil men voorkomen dat er niet meer wordt ontnomen dan de betrokkene aan voordeel heeft verkregen, dan is het noodzakelijk dat de hoogte van de ontnemingsmaatregel wordt afgestemd op de afroomcomponent van de geldboete. Dat is alleen mogelijk indien dat de rechter in de hoofdzaak inzicht geeft in de omvang van deze component.⁸⁰

Bij de afstemming van afroomboete en ontnemingsmaatregel kan art. 36e lid 7 Sreen zinvolle rol vervullen. Men dient deze bepaling niet alleen op te vatten als een plicht voor de rechter om ontnemingsmaatregelen ex art. 36e lid 3 Sr op elkaar af te stemmen, zoals de minister wil doen voorkomen. De plicht tot het rekening houden met eerdere ontnemingsmaatregelen kan naar mijn mening ook worden opgevat als een tot de rechter gerichte instructie tot afstemming van de ontnemingsmaatregel en eventueel opgelegde afroomboeten.⁸¹ Dit volgt weliswaar niet onomstotelijk uit de letterlijke tekst van art. 36e lid 7 Sr, maar de principiële onwenselijkheid van een dubbele ontneming biedt voldoende grondslag voor een ruime interpretatie.⁸² Of de ontnemingsrechter ook daadwerkelijk in staat is de ontnemingsmaatregel op een afroomboete af te stemmen, is uiteraard wel afhankelijk van de mate waarin de rechter in de hoofdzaak de afroomcomponent

78 Daarnaast is ook een afroomtransactie mogelijk. Zie art. 74 lid 2 sub d Sr.

79 Daarnaast kan de hoogte van de boete worden bepaald door de ernst van het feit zoals dat onder andere tot uitdrukking komt in het verkrijgen van een (behoorlijk) voordeel uit dat feit.

80 Zie in deze zin ook Schalken in zijn noot onder HR 6 oktober 1998, NJ 1999, 308, en HR 18 mei 1999, NJ 2000, 105. Zie over de (wenselijkheid van de) samenloop van geldboete en ontnemingsmaatregel nader Eindrapport Vermogensstraffen 1972, p. 23, Hendriks 1993, p. 136-139, Reijntjes 1993, p. 68-69, 78, Keyser-Ringnalda 1994, p. 13-17, 83, 105-106, 356-357, 361, Doorenbos 1997, p. 73-75, Nelen & Sabee 1998, p. 237, en de zojuist genoemde noten van Schalken.

81 Vgl. in dit verband ook Rb. Den Bosch 21 december 1998, JOW 1999, 41, waarin een ontnemingsvordering wordt afgewezen mede vanwege het feit dat er een afroomboete is opgelegd.

82 Art. 36e lid 7 Sr ziet toe op '(...) uit hoofde van eerdere beslissingen opgelegde verplichtingen tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.' Strikt genomen gaat het om eerder opgelegde ontnemingsmaatregelen, maar ook de afroomboete kan als een dergelijke verplichting worden aangemerkt. Zie de noot van Schalken onder HR 18 mei 1999, NJ 2000, 105.

in een boete expliciteert.⁸³ De rechter dient zich bij het formuleren van de strafmotivering hiervan bewust te zijn. Deze verantwoordelijkheid zou eventueel onderstreept kunnen worden door een daartoe strekkende wettelijke motiveringsplicht.

4 De draagkracht van de betrokkene

4.1 Inleiding

458. Een matigingsgrond die in de ontnemingspraktijk veelvuldig aan de orde komt, betreft de draagkracht van de betrokkene, of beter gezegd: het ontbreken daarvan. Het verkrijgen van voordeel wordt niet zelden gevolgd door het consumeren van dat voordeel. Indien daarnaast een andere (legale) bron van inkomsten ontbreekt, heeft de betrokkene op het moment van de ontnemingsprocedure veelal geen of weinig vermogen meer. De vraag rijst dan of het ontbreken van draagkracht invloed heeft op de betalingsverplichting, en zo ja: in welke mate. In een substantieel deel van de mij bekende rechtspraak is het matigen van de betalingsverplichting op deze grond – met wisselend succes – bij wijze van verweer aangevoerd. Deze kwestie geldt, naast de te hanteren waarderingsmethode, als één van de meest besproken thema's in de ontnemingspraktijk. De discussie begeeft zich tussen twee polen: enerzijds mag aan het beoogde rechtsherstel geen afbreuk worden gedaan door het enkele feit dat de betrokkene geen geld meer heeft, anderzijds moet worden voorkomen dat het niet kunnen voldoen van een betalingsverplichting leidt tot consequenties die niet te verenigen zijn met dat rechtsherstel.⁸⁴ In dat kader is in het bijzonder de mogelijkheid dat de vervangende hechtenis ten uitvoer wordt gelegd, van belang.

In deze paragraaf ga ik allereerst in op het standpunt van de wetgever over de rol van de draagkracht en geef ik een overzicht van de grote hoeveelheid lagere rechtspraak over dit onderwerp alsmede van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Op grond van dit overzicht tracht ik een antwoord te geven op de vraag wat precies de oorzaken zijn voor deze stroom aan rechtspraak en onderzoek ik of de in de jurisprudentie uitgezette lijn een adequate reactie is op die oorzaken. Hierbij wordt gebruik gemaakt van inzichten uit het Duitse recht en het schadevergoedingsrecht, meer in het bijzonder het matigingsrecht van art. 6:109 BW. Daarnaast sta ik stil

83 Daarnaast mag van de ontnemingsrechter waakzaamheid worden verlangd indien hij constateert dat er een geldboete is opgelegd waarbij gebruik is gemaakt van de verhogingsmogelijkheid van art. 6 lid 1 WED en art. 12 Opiumwet. Zie over deze bepalingen nader nr. 146.

84 Vgl. Nelen & Sabee 1998, p. 174-175, en Nelen 2000, p. 127.

bij het voornemen van de minister om in de ontnemingswetgeving een aantal wijzigingen aan te brengen met het oog op de draagkrachtproblematiek.

4.2 *De opvatting van de minister*

459. In de parlementaire stukken stelt de minister voorop dat de betalingsverplichting niet wordt bepaald door de financiële vermogenstoestand van de betrokkene. Het draagkrachtbeginsel (art. 24 Sr), dat een garantie beoogt te zijn voor een passende – niet te lage, maar ook niet te hoge – bestraffing,⁸⁵ ziet toe op de geldboete⁸⁶ en niet op de ontnemingsmaatregel. Die maatregel is immers gericht op rechtsherstel en beoogt geen leed toe te voegen.⁸⁷ In deze redenering klinkt duidelijk het 'wezenlijke' onderscheid tussen straf en maatregel door dat de minister als een principieel uitgangspunt van de ontnemingswetgeving beschouwt.⁸⁸

De minister nuanceert zijn standpunt op één onderdeel. De niet-nakoming van een ontnemingsmaatregel wordt bedreigd met een vervangende hechtenis van maximaal zes jaar. Deze vervangende hechtenis beoogt de nakoming van de ontnemingsmaatregel te waarborgen.⁸⁹ In het geval de betrokkene daadwerkelijk niet in staat is om de ontnemingsmaatregel te voldoen, wordt nakoming praktisch onmogelijk.⁹⁰ De tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis is in dergelijke situaties onwenselijk.⁹¹ De wetgever wijst in dit kader op een aantal mogelijkheden om de uitwerking van de ontnemingsmaatregel te verzachten.⁹² Het gaat daarbij om de herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv, het verlenen van gratie (art. 558 lid 3 Sv), het opleggen van een kortere vervangende hechtenis (art. 24d lid 1 Sr), het achterwege laten van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis en het matigen van de betalingsverplichting op grond van art. 36e lid 4 Sr. In welke volgorde en op welke wijze de rechter van deze bevoegdheden gebruik moet maken indien blijkt dat de betrokkene niet in staat is of zal zijn een betalingsverplichting na te komen, blijft onvermeld.

85 Zie Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nr. 1-3, p. 27.

86 En op grond van art. 33 lid 2 Sr ook op de verbeurdverklaring.

87 Zie Nader Rapport, p. 4, Memorie van Toelichting, p. 8, en Memorie van Antwoord, p. 9. Bij de totstandkoming van de WED komt een vergelijkbaar standpunt naar voren. Zie Verslag omtrent de ingediende amendementen, TK 1949-1950, 603, nr. 16, p. 99: de rechter hoeft bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel geen rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene.

88 Zie daarover kritisch nr. 96-102.

89 Zie nader nr. 522.

90 Zie Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 22: 'Rechtens kan tot het onmogelijke niet worden gedwongen.'

91 Memorie van Toelichting, p. 41, en Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 22.

92 Zie Memorie van Toelichting, p. 41, 78-79, en Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 22.

4.3 Een overzicht van de lagere rechtspraak

460. In de ontnemingspraktijk wordt, zoals gezegd, veelal door of namens de betrokkene een draagkrachtverweer gevoerd. In een dergelijk verweer wordt doorgaans gesteld dat het voordeel is opgesoupeerd en dat de betrokkene ook geen ander vermogen heeft en, zo wordt daaraan veelal toegevoegd, dat derhalve de oplegging van een ontnemingsmaatregel *de facto* zal leiden tot de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis.⁹³ De lagere jurisprudentie laat ten aanzien van deze verweren een gevarieerd beeld zien. Er kunnen grofweg drie stromingen worden onderscheiden.⁹⁴

461. Allereerst is er een stroming die stelt dat de draagkracht van de betrokkene principieel geen invloed heeft op de betalingsverplichting.⁹⁵ Een voorbeeld van de wijze waarop binnen deze stroming een draagkrachtverweer wordt gepasseerd, is de volgende overweging van de rechtbank Arnhem:

Alsdan zou immers geen correctie plaatsvinden van het genot en het nut in economische zin dat veroordeelde uit de consumptieve besteding van het wederrechtelijk verkregen voordeel heeft gehad waardoor zij ongerechtvaardigd in een betere positie heeft verkeerd en in zekere zin ook zou blijven verkeren dan de spaarzame wetsovertreder.⁹⁶

Een andere motivering voor het niet-aanvaarden van een draagkrachtverweer is de overweging dat de ontnemingsmaatregel 'een civielrechtelijke karakter' heeft en rechtsherstel beoogt.⁹⁷ Waar dat civielrechtelijk karakter in deze context precies uit bestaat, blijft onvermeld.

93 Bij de voordeelsberekening wordt geen rekening gehouden met het feit dat het voordeel reeds is geconsumeerd. Zie nr. 303 en 317.

94 Het navolgende overzicht is gebaseerd op uitspraken waarin op enigerlei wijze een algemeen standpunt over de rol van de draagkracht naar voren komt. Uitspraken die enkel op casuïstische gronden een beroep op het ontbreken van draagkracht aanvaarden dan wel verwerpen, heb ik buiten beschouwing gelaten.

95 Zie Rb. Arnhem 20 juni 1995, JOW 1996, 15, Rb. Breda 2 augustus 1994, JOW 1996, 82, Rb. Amsterdam 16 februari 1995, JOW 1997, 34, Rb. Dordrecht 6 maart 1995, JOW 1996, 23, Rb. Amsterdam 18 mei 1995, JOW 1996, 27, Hof Leeuwarden 10 augustus 1995, JOW 1996, 76, Rb. Den Bosch 23 november 1995, JOW 1996, 135, Rb. Groningen 7 december 1995, JOW 1996, 108, Rb. Amsterdam 13 december 1995, JOW 1996, 134, Rb. Den Haag 13 februari 1996, JOW 1997, 32, Rb. Alkmaar 21 februari 1996, JOW 1996, 164, Rb. Haarlem 4 maart 1996, JOW 1996, 150, Rb. Breda 2 mei 1996, JOW 1997, 78, Rb. Arnhem 8 oktober 1996, JOW 1997, 24, Hof Leeuwarden 6 januari 1997, JOW 1997, 107, Rb. Dordrecht 16 januari 1997, JOW 1997, 76, en Rb. Den Haag 6 oktober 1997, JOW 1998, 106. Vgl. ook Rb. Den Bosch 13 maart 1996, JOW 1997, 48.

96 Rb. Arnhem 18 oktober 1994, NJ 1995, 35, JOW 1996, 40, JOW 1996, 88.

97 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Bosch 21 november 1996, JOW 1998, 32, Rb. Den Bosch 16 december 1996, JOW 1998, 30, Rb. Den Bosch 14 april 1997, JOW 1998, 38, en Hof Arnhem 27 januari 1999, JOW 2000, 4.

In een aantal van de tot deze stroming behorende uitspraken wordt expliciet gewezen op mogelijkheden om in een later stadium de uitwerking van de ontnemingsmaatregel te verzachten, bijvoorbeeld door het verlenen van uitstel van betaling in de executoriale fase (art. 577b lid 1 jo 561 lid 3 Sv) of het doen van een verzoek tot herziening (art. 577b lid 2 Sv).⁹⁸ Ook wordt wel in het vonnis of arrest benadrukt dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis niet bestemd is voor gevallen waarin de betrokkene de betalingsverplichting niet kan voldoen.⁹⁹

462. De tweede stroming betreft een aantal uitspraken waarin de draagkracht alleen aanleiding is om de hoogte van de vervangende hechtenis te verminderen.¹⁰⁰ Zo overweegt de rechtbank Almelo:

De betalingsverplichting ex artikel 36e Wetboek van Strafrecht strekt ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en is derhalve een maatregel en geen straf. De aan deze maatregel verbonden vervangende hechtenis heeft mitsdien eveneens het karakter van een maatregel. De rechter heeft de vrijheid om, mede ter voorkoming dat de vervangende hechtenis het effect van een straf krijgt, bij de vaststelling van de hoogte van de vervangende hechtenis disproportionele toepassing te voorkomen.¹⁰¹

Op grond van art. 24d lid 1 Sr is de rechter verplicht de duur van de vervangende hechtenis vast te stellen. Hij is niet bevoegd de vervangende hechtenis in het geheel achterwege te laten.¹⁰² Stelt hij de duur ervan echter op één of enkele dagen, dan is de kans dat het Openbaar Ministerie de vervangende hechtenis ten uitvoer zal leggen, gering.

463. In de derde stroming wordt, gelet op het ontbreken dan wel de geringe aanwezigheid van financiële draagkracht, het bedrag van de ontnemingsmaatregel

98 Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 7 mei 1996, JOW 1997, 52, Rb. Breda 20 september 1996, JOW 1997, 53, en Rb. Almelo 30 september 1996, JOW 1997, 13.

99 Rb. Utrecht 29 april 1997, JOW 1998, 74. Sommige rechters wijzen ook hierop, maar komen daarnaast tot een matiging. Zie Hof Den Bosch 18 maart 1998, JOW 1998, 103, en Hof Amsterdam 21 januari 1999, NJ 1999, 488, JOW 2000, 26.

100 Zie Rb. Arnhem 24 mei 1995, NJ 1996, 63, JOW 1996, 29, Rb. Dordrecht 21 december 1995, JOW 1997, 96, Rb. Leeuwarden 13 februari 1996, NJ 1996, 495, JOW 1996, 120, Rb. Almelo 4 november 1996, JOW 1997, 5, Rb. Almelo 7 april 1997, JOW 1997, 79, Rb. Leeuwarden 17 juni 1997, JOW 1998, 21, Rb. Leeuwarden 18 september 1997, JOW 1998, 72, en Rb. Leeuwarden 17 februari 1998, JOW 1999, 11.

101 Rb. Almelo 3 maart 1997, JOW 1997, 123.

102 HR 30 september 1997, JOW 1998, 67.

– en daarmee ook de duur van de vervangende hechtenis¹⁰³ – verminderd.¹⁰⁴ Ook wordt de oplegging van de ontnemingsmaatregel op dezelfde grond wel afgewezen.¹⁰⁵ Een voorbeeld van deze stroming is de volgende uitspraak van de rechtbank Den Bosch:

Omtrent [het verkregen voordeel] staat onvoldoende vast dat verdachte hierover nog de beschikking heeft, terwijl hij evenmin in staat blijkt dit bedrag te betalen. Onder deze omstandigheden komt het opleggen van de gevorderde maatregel de facto neer op het tenuitvoerleggen van vervangende hechtenis. Dit is echter in strijd met het karakter van de maatregel, te weten herstel van de rechtmatige toestand in financiële zin zonder de bedoeling van aan de ernst van het delict, het gedrag en de schuld van de betrokkene gerelateerde leedtoevoeging (...). Indien, zoals in casu, het nagestreefde doel van de maatregel naar redelijke verwachting niet kan worden bereikt, dient de maatregel niet te worden opgelegd.¹⁰⁶

464. Dit overzicht van stromingen binnen de lagere rechtspraak levert een divers beeld op.¹⁰⁷ De reacties op een draagkrachtverweer variëren van een principiële verwerping van dat verweer tot het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel. Waar de minister het draagkrachtbeginsel buiten werking heeft willen stellen met een beroep op het beoogde rechtsherstel, lijkt juist dat rechtsherstel de oorzaak te zijn voor de variatie in de uitkomst. Enerzijds brengt het rechtsherstel met zich mee dat de betalingsverplichting niet afhankelijk mag zijn van de financiële situatie op het moment van de ontnemingsprocedure. Anderzijds mag het rechtsherstel niet leiden tot leedtoevoeging in de vorm van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis in de situatie waarin de betrokkene de ontnemingsmaatregel

103 In de wet is niet bepaald dat de hoogte van de betalingsverplichting en de duur van de vervangende hechtenis met elkaar samenhangen, maar in de praktijk leidt de matiging van de één doorgaans tot een evenredige bijstelling van de ander. Zie nader nr. 525.

104 Zie Hof Leeuwarden 1 november 1995, JOW 1996, 14, Rb. Utrecht 8 december 1995, JOW 1996, 136, Rb. Middelburg 1 februari 1996, JOW 1996, 155, Rb. Rotterdam 1 april 1996, JOW 1996, 183, Rb. Den Bosch 22 februari 1996, JOW 1996, 16, Rb. Utrecht 19 maart 1996, JOW 1996, 152, Rb. Haarlem 27 juni 1996, JOW 1997, 65, Rb. Haarlem 6 juli 1996, JOW 1997, 68, Hof Den Bosch 3 september 1996, JOW 1997, 114, Rb. Rotterdam 12 september 1996, JOW 1997, 18, Rb. Leeuwarden 20 november 1996, JOW 1997, 69, Rb. Groningen 12 december 1996, JOW 1997, 62, Rb. Almelo 6 januari 1997, JOW 1997, 102, Hof Leeuwarden 20 februari 1997, JOW 1997, 104, en Rb. Rotterdam 18 april 1997, JOW 1998, 10.

105 Zie Rb. Zwolle 4 november 1993, JOW 1996, 26, Rb. Zwolle 6 april 1995, JOW 1996, 103, Hof Den Bosch 15 september 1995, JOW 1996, 3, Rb. Den Bosch 14 december 1995, JOW 1996, 132, Rb. Zutphen 27 februari 1996, JOW 1996, 121, Hof Amsterdam 6 maart 1996, NJ 1996, 384, Rb. Zwolle 14 mei 1996, JOW 1997, 98, Hof Arnhem 25 juni 1996, JOW 1996, 186, Rb. Middelburg 20 maart 1997, JOW 1998, 26, en Rb. Middelburg 2 oktober 1997, JOW 1998, 14. In plaats van het afwijzen van de ontnemingsvordering wordt soms het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard. Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 2 oktober 1997, JOW 1998, 14, en Rb. Middelburg 16 oktober 1997, JOW 1998, 73.

106 Rb. Den Bosch 1 juni 1994, NJ 1994, 532, JOW 1996, 89.

107 Vgl. ook Keijser-Ringnalda 1996, p. 14-16.

niet kan voldoen.¹⁰⁸ De veelheid van instrumenten die het strafrechtelijk systeem kent om de uitwerking van de ontnemingsmaatregel te 'verzachten', leidt ertoe dat een eenduidige lijn ten aanzien van de rol van de draagkracht moeilijk is te ontwaren.

4.4 De jurisprudentie van de Hoge Raad

465. De veelvuldigheid waarmee in de lagere rechtspraak de rol van de draagkracht aan de orde is geweest, heeft zich vertaald in rechtspraak van de Hoge Raad. Aanvankelijk stelt de Hoge Raad zich terughoudend op. De rechter heeft, aldus de Hoge Raad, in geval van het ontbreken van draagkracht tijdens de betrokkene de bevoegdheid om het bedrag van de betalingsverplichting te matigen, maar hij is daartoe niet verplicht.¹⁰⁹ Verder komt naar voren dat de rechter de draagkracht van de betrokkene niet ambtshalve hoeft te onderzoeken en dat art. 24 Sr – het draagkrachtbeginsel bij geldboetes – niet op de ontnemingsmaatregel van toepassing is.¹¹⁰ De Hoge Raad sluit hiermee aan bij hetgeen in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking is gebracht over de rol van de draagkracht.¹¹¹

466. Enige tijd later is de Hoge Raad een andere weg ingeslagen. Deze tweede fase begint met een arrest van 16 april 1996.¹¹² In dit arrest onderzoekt de Hoge Raad, na te hebben opgemerkt dat de draagkracht in het algemeen geen verplichte maatstaf is bij de vaststelling van de betalingsverplichting, de mogelijkheden waarmee de uitwerking van de ontnemingsmaatregel kan worden verzacht. De rechter kan allereerst op grond van art. 36e lid 4 Sr rekening houden, aldus de Hoge Raad, met de bestaande en toekomstige draagkracht van de betrokkene door een matiging van de betalingsverplichting. Vervolgens kan vermindering of kwijtschelding van de betalingsverplichting en de vervangende hechtenis plaatsvinden naar aanleiding van een procedure ex art. 577b Sv. Daarvoor is echter wel een *novum*

108 Dit dilemma komt duidelijk naar voren in een uitspraak van de rechtbank Arnhem: 'De discussie over deze kwestie houdt diverse gerechten verdeeld: het ene wijst de vordering om die reden af, het andere wijst de vordering toe onder verwijzing naar correctieven van de procedure van artikel 577b Strafvordering en een gratieverzoek. De kwestie komt voort uit het dilemma voor de rechtspraak niet te snel het beroep van verdachte op financieel onvermogen te aanvaarden, maar anderzijds ook niet een flinke, dreigende vervangende hechtenis op basis van artikel 24d Strafrecht op te leggen in die gevallen waarin verdachte onvermogen is.' Zie Rb. Arnhem 24 mei 1995, NJ 1996, 63, JOW 1996, 29.

109 HR 12 september 1995, JOW 1996, 11, HR 12 september 1995, JOW 1996, 13, en HR 3 oktober 1995, NJ 1996, 94, JOW 1996, 9.

110 HR 5 december 1995, JOW 1996, 171 (tevens NJ 1996, 411, m.nt. Sch, doch met weglating van de betreffende overweging), en HR 9 januari 1996, NJ 1996, 305, JOW 1996, 145.

111 Zie nr. 459.

112 HR 16 april 1996, NJ 1998, 631, m.nt. Sch, JOW 1996, 168. Zie ook HR 7 mei 1996, NJ 1997, 404, m.nt. Sch, JOW 1996, 173.

vereist (art. 577b lid 4 Sv).¹¹³ Andere mogelijkheden zijn nog het verlenen van uitstel van betaling door het Openbaar Ministerie (art. 577b lid 1 jo 561 lid 3 Sv) en het verkrijgen van gratie (art. 558 lid 3 Sv).

Na deze opsomming overweegt de Hoge Raad:

Dit samenstel van bepalingen schept enerzijds waarborgen om te voorkomen dat een veroordeelde die geen of onvoldoende draagkracht heeft of zal hebben, zonder meer wordt verplicht tot het ondergaan van vervangende hechtenis, doch beperkt anderzijds de mogelijkheid na oplegging van de maatregel nog rekening te houden met omstandigheden die de draagkracht beïnvloeden en die ten tijde van de oplegging van de maatregel de rechter reeds voldoende bekend waren. In het geval dat een veroordeelde geen draagkracht heeft en naar redelijke verwachting ook in de toekomst niet zal hebben, dient de rechter van zijn bevoegdheid ingevolge art. 36e, vierde lid, Sr gebruik te maken.

De Hoge Raad formuleert een plicht voor de rechter om in specifieke gevallen gebruik te maken van zijn bevoegdheid van art. 36e lid 4 Sr om de betalingsverplichting te matigen. De achterliggende redenering is waarschijnlijk dat de matiging van de betalingsverplichting mede een minder hoge vervangende hechtenis met zich mee brengt.

In een later gewezen arrest wijst de Hoge Raad er nadrukkelijk op dat de matigingsplicht niet betekent dat de draagkracht van de betrokkene '(...) in het algemeen een verplichte maatstaf vormt (...)’ voor de vaststelling van de betalingsverplichting. Matiging komt pas aan de orde indien niet alleen de huidige draagkracht van de betrokkene maar ook de betalingscapaciteit naar redelijke verwachting in de toekomst ontbreekt.¹¹⁴

467. Alvorens de reikwijdte van deze matigingsplicht nader te analyseren, vereist de motivering van de Hoge Raad nadere aandacht. Uit de geciteerde overweging blijkt dat de Hoge Raad het ‘samenspel van bepalingen’ niet toereikend acht om het risico van tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis bij betalingsonmacht te elimineren. Het is weliswaar niet zo dat in geval van niet betaling geen enkele waarborg bestaat tegen een onmiddellijke tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis, maar de herzieningsmogelijkheden na de onherroepelijke oplegging van de ontnemingsmaatregel zijn, zo stelt de Hoge Raad, te beperkt.

Waar schuilt die beperking precies in? Het gaat hoofdzakelijk om het *novum*-vereiste bij de procedure van art. 577b lid 2 Sv. Heeft de betrokkene zich in de ontnemingsprocedure beroepen op het ontbreken van financiële draagkracht, dan kan een herhaald beroep daarop in een herzieningsprocedure niet als *novum* gelden

113 Zie ook nr. 451.

114 HR 23 november 1999, nr. 111.841 P (niet gepubliceerd).

(art. 577b lid 4 Sv). Deze beperking wordt in de ogen van de Hoge Raad kennelijk niet gecompenseerd door de mogelijkheid van gratie of het verlenen van uitstel van betaling. De Hoge Raad maakt niet duidelijk waarom deze opties tekortschieten. Naar mijn mening kan dat tekort worden gezocht in het feit dat er in beide gevallen geen *rechterlijke* toets wordt uitgevoerd. De minister van Justitie en niet de rechter neemt (uiteindelijk) de beslissing tot het verlenen van gratie. De beslissing tot uitstel van betaling wordt door het Openbaar Ministerie en wederom niet door de rechter genomen.

Het valt voorts op dat de Hoge Raad bij zijn beschrijving van het 'samenstel van bepalingen' één mogelijkheid achterwege laat die wel door de minister is genoemd (zie nr. 459), te weten de mogelijkheid dat het Openbaar Ministerie de vervangende hechtenis niet ten uitvoer zal leggen. Deze 'bevoegdheid' van het Openbaar Ministerie heeft geen wettelijke basis. Op grond van art. 24d lid 1 Sr beveelt de rechter voor het geval dat de betalingsverplichting niet geheel wordt voldaan, '(...) dat vervangende hechtenis zal worden toegepast (...)'. Uit de tekst van art. 577b lid 1 jo 573 lid 3 Sv volgt voorts dat in het geval het verhaal onmogelijk is en er (daarom) is afgezien van het nemen van verhaal, de vervangende hechtenis ten uitvoer wordt gelegd. Van enige bevoegdheid daarvan af te zien, rept de wet niet. Dit sluit aan bij art. 553 Sv waarin het Openbaar Ministerie de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen wordt opgedragen.¹¹⁵ Impliciet blijkt deze plicht ook uit art. 577b lid 2 Sv: indien het Openbaar Ministerie van oordeel is dat de vervangende hechtenis moet worden verminderd of kwijtgescholden, kan het daartoe een vordering doen.¹¹⁶ Een *novum* is overigens ook dan vereist.

De mogelijkheid van het afzien van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis is desalniettemin wel neergelegd in richtlijnen van het Openbaar Ministerie.¹¹⁷ In de ontnemingspraktijk lijkt dit beleidsvoorschrift ook te worden nageleefd. Het ten uitvoer leggen van de vervangende hechtenis wordt gereserveerd voor die gevallen waarin de betrokken wel *kan* maar niet *wil* betalen.¹¹⁸ De Hoge Raad lijkt evenwel de mening te zijn toegedaan dat deze beleidsgrondslag in strijd

115 Zie in dit verband met name de kroongetuige-jurisprudentie, waarin naar voren komt dat het niet ten uitvoer leggen van een gevangenisstraf in strijd is met de wet, in het bijzonder art. 553 Sv. Zie HR 6 april 1999, NJ 1999, 565, m.nt. Sch, en HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567, m.nt. Sch. Vgl. voorts *

116 Zie ook Memorie van Antwoord, TK 1982-1983, 15 012, nr. 31a, p. 17, Mevis 1997, p. 153, en Keulen 1999, p. 329.

117 Executierichtlijn ontnemingsmaatregelen parketten en politie, Stcrt. 1995, nr. 246, bepaling 15 sub b, Executiebeleid ontnemingsmaatregelen, Stcrt. 1995, nr. 246, bepaling 16 sub b, Herziening uitgave executierichtlijn ontnemingsmaatregelen parketten en politie, Stcrt. 1997, nr. 50, bepaling 15 sub b, Herziening executiebeleid ontnemingsmaatregelen, Stcrt. 1997, nr. 50, bepaling 16 sub b, welke inmiddels zijn vervangen door Aanwijzing executie boeten, maatregelen en (vervangende) vrijheidsstraffen, Stcrt. 1999, nr. 142, paragraaf 5.4.2. Zie ook Ontnemingsrichtlijn (oud en herzien), Stcrt. 1997, nr. 37, Stcrt. 1997, nr. 223, Stcrt. 1998, nr. 8, par. IX, en Aanwijzing ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, par. 'Executie'.

118 Zie Punt 1997b, p. 299, en Nelen & Sabee 1998, p. 210.

is met art. 577b lid 1 jo 573 lid 3 Sv, dan wel anderszins niet toereikend is om als onderdeel van het 'samenspel van bepalingen' te kunnen gelden. Indien de betrokkene de betalingsverplichting niet voldoet, zo redeneert kennelijk de Hoge Raad, volgt per definitie de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis.¹¹⁹

Neemt men het voorgaande in ogenschouw, dan mag naar mijn mening uit de geciteerde overweging worden afgeleid dat de Hoge Raad een effectieve rechterlijke controle heeft willen garanderen in gevallen waarin de draagkracht ontbreekt.¹²⁰ De wijze waarop de Hoge Raad dit heeft gedaan, sluit overigens vrij nauw aan bij (een onderdeel van) de wetsgeschiedenis. Daarin noemt de minister als één van de mogelijkheden om de uitwerking van de ontnemingsmaatregel te verzachten de matiging van de betalingsverplichting op grond van art. 36e lid 4 Sr:

De rechter is (...) vrij het voor ontneming in aanmerking te brengen bedrag lager te bepalen dan dat waarop hij het wederrechtelijk verkregen voordeel heeft geschat. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer een deel of het geheel van het wederrechtelijk verkregen voordeel inmiddels is opgesoupeerd, en er niet voldoende vermogensobjecten resteren, en, naar wordt gevreesd, ook in de toekomst zullen worden verworven, om het geschatte bedrag aan voordeel op te verhalen.¹²¹

De Hoge Raad is daarbij één stap verder gegaan door deze vrijheid van de rechter om te zetten naar een plicht. De rechter *dient* te matigen bij het ontbreken van de huidige en toekomstige draagkracht.

468. De aanpak van de Hoge Raad is, zo blijkt uit het voorgaande, erop gericht dat reeds in de ontnemingsprocedure aandacht wordt besteed aan het ontbreken van huidige en toekomstige draagkracht, naar aanleiding waarvan zo nodig de betalingsverplichting wordt gematigd. In twee uitspraken van 10 november 1998 wordt deze benadering van de rol van de draagkracht duidelijk onderstreept. In een tweetal ontnemingsprocedures overweegt het hof Amsterdam dat de ontnemingsmaatregel moet worden opgevat als een civiele vordering, waarbij de vervangende

119 Ik wijs in dit verband op HR 20 juni 2000, NJ 2000, 634, m.nt. JdH. In dit arrest overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de schadevergoedingsmaatregel dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat het niet-betalen of het niet kunnen van verhalen van de op grond van deze maatregel opgelegde betalingsverplichting uiteindelijk leidt tot toepassing van de vervangende hechtenis. Als uitwijkmogelijkheden noemt de Hoge Raad enkel de betaling in termijnen (art. 24a Sr) en het verlenen van uitstel van betaling (art. 561 lid 3 Sv). De Hullu wijst in zijn noot onder dit arrest nog op de mogelijkheid om geen schadevergoedingsmaatregel op te leggen, maar hij voegt daar terecht aan toe dat dit onwenselijk is vanuit het perspectief van de slachtofferzorg.

120 Deze interpretatie ligt ook ten grondslag aan enkele onderdelen van het concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving. Zie daarover nr. 507-511.

121 Memorie van Toelichting, p. 78-79.

hechtenis moet worden opgevat als een met de civielrechtelijke gijzeling vergelijkbaar instrument.¹²² De consequentie hiervan is dat de vervangende hechtenis niet ten uitvoer kan worden gelegd indien de betrokkene niet tot betaling in staat is. Matiging van de betalingsverplichting is derhalve niet noodzakelijk, aldus het hof, omdat het ontbreken van draagkracht alleen zal leiden tot uitstel van betaling en niet tot de executie van de vervangende hechtenis.¹²³ Volgens de Hoge Raad getuigt deze motivering van een onjuiste rechtsopvatting:

Die opvatting komt immers daarop neer dat door de uitspraak van de rechter een civiele vordering van de Staat ontstaat op de veroordeelde en *dat eerst in de executiefase* met het eventueel ontbreken van de draagkracht rekening moet worden gehouden in die zin dat de vervangende hechtenis niet mag worden toegepast indien en zolang de veroordeelde geen draagkracht heeft.¹²⁴

In deze overweging onderstreept de Hoge Raad de eerder uitgezette lijn dat reeds in de ontnemingsprocedure een oordeel moet worden geveld over de huidige en toekomstige draagkracht, waaraan zo nodig de consequentie moet worden verbonden dat de rechter de betalingsverplichting matigt.

469. De plicht van de rechter om ingeval de betrokkene nu en naar redelijke verwachting ook in de toekomst geen draagkracht heeft, de betalingsverplichting te matigen, is door de Hoge Raad in de vorm van een motiveringsvoorschrift gegoten:

Van de rechter die de ontnemingsmaatregel oplegt, moet, gelet op hetgeen hiervoor (...) is overwogen [over de verplichte toepassing van art. 36e lid 4 Sr; MJB], alsmede gelet op de in art. 359, vijfde lid, Sv vervatte en hier ingevolge art. 511e, eerste lid, Sv geldende motiveringseis worden verlangd, dat hij op een ter zake van de draagkracht uitdrukkelijk voorgedragen en met argumenten ondersteund verweer een uitdrukkelijk en gemotiveerd antwoord geeft.¹²⁵

Kortom: in het geval de rechter naar aanleiding van een draagkrachtverweer niet matigt, moet hij het verweer gemotiveerd verwerpen.

122 Zie omtrent het verschil tussen vervangende hechtenis en gijzeling nader nr. 538-542.

123 In een latere uitspraak onderstreept het Hof Amsterdam deze karakterisering van de vervangende hechtenis, maar ziet het wel reden tot matiging wegens het ontbreken van draagkracht. Zie Hof Amsterdam 21 januari 1999, NJ 1999, 488, JOW 2000, 26.

124 HR 10 november 1998, NJ 1999, 137, JOW 1999, 6, en HR 10 november 1998, nr. 108.183 P (niet gepubliceerd) (cursivering toegevoegd).

125 HR 16 april 1996, NJ 1998, 631, m.nt. Sch, JOW 1996, 168.

Deze responsieplicht bestaat alleen indien de betrokkene een 'uitdrukkelijk voorgedragen en met argumenten ondersteund verweer' voert.¹²⁶ Naar aanleiding van dat verweer moet komen vast te staan dat de draagkracht niet alleen op het moment van de ontnemingsprocedure ontbreekt, maar, naar redelijkerwijs valt te verwachten, ook in de toekomst.¹²⁷ Indien dit laatste niet aannemelijk is geworden, mag het draagkrachtverweer ongemotiveerd worden gepasseerd.¹²⁸ Dit betekent enerzijds dat het draagkrachtverweer zich moet richten op (het ontbreken van) de toekomstige draagkracht,¹²⁹ en anderzijds dat de rechter bij de verwerping van het draagkrachtverweer in zijn motivering mede moet ingaan op de te verwachten toekomstige draagkracht.¹³⁰

De Hoge Raad neemt voor wat betreft de motivering van de verwerping van een draagkrachtverweer genoegen met de overweging dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de betrokkene niet aan de betalingsverplichting kan voldoen onder verwijzing naar de – vaak lange – verjaringstermijn van de ontnemingsmaatregel¹³¹ en daarnaast naar de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om uitstel van betaling te verlenen (art. 561 lid 3 Sv).¹³²

In het geval dat de rechter naar aanleiding van het draagkrachtverweer wel aanleiding ziet tot matiging,¹³³ blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad niet in hoeverre hij moet matigen. De rechter wordt hierin vrijgelaten. De matiging kan maximaal tot nihil plaatsvinden.¹³⁴ *De facto* staat dit gelijk aan het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel. Uit de mij bekende jurisprudentie blijkt echter dat de rechter in de meerderheid van de gevallen waarin een draagkrachtverweer wordt aanvaard, de betalingsverplichting gedeeltelijk matigt tengevolge waarvan die verplichting lager komt uit te vallen.

126 HR 16 april 1996, NJ 1998, 631, m.nt. Sch, JOW 1996, 168. Zie ook HR 7 mei 1996, NJ 1997, 404, m.nt. Sch, JOW 1996, 173, HR 19 november 1996, NJ 1997, 168, HR 18 maart 1997, nr. 104.509 P (niet gepubliceerd), HR 7 april 1998, nr. 107.320 P (niet gepubliceerd), en HR 5 december 2000, NJ 2001, 100. De verwerping van het draagkrachtverweer moet, indien de rechter volstaat met een kop/staart-vonnis of -arrest, daarin zijn opgenomen. Zie HR 6 juli 1998, NJ 1999, 668, JOW 1999, 63.

127 Vgl. ook Rb. Utrecht 16 juli 1996, JOW 1998, 29, en Rb. Utrecht 16 juli 1996, JOW 1998, 36.

128 In dat geval biedt de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om uitstel van betaling te verlenen (art. 561 lid 3 Sv) of de mogelijkheid van een latere herziening (art. 577b lid 2 Sv) immers uitkomst, zo luidt de impliciete veronderstelling.

129 HR 9 september 1997, JOW 1998, 12, en HR 5 december 2000, NJ 2001, 100.

130 HR 26 november 1996, nr. 103.441 P (niet gepubliceerd), HR 4 februari 1997, JOW 1997, 85, en HR 18 maart 1997, nr. 104.509 P (niet gepubliceerd).

131 De verjaringstermijn van een ontnemingsmaatregel is een derde langer dan de termijn van verjaring van het recht tot strafvordering (art. 76 lid 2 Sr). De laatste termijn is afhankelijk van het delict waarvoor men wordt vervolgd (art. 70 Sr).

132 HR 16 april 1996, NJ 1998, 631, m.nt. Sch, JOW 1996, 168, en HR 7 april 1998, nr. 107.320 P (niet gepubliceerd). Zie voor voorbeelden van een dergelijke verwerping Hof Den Bosch 23 mei 1996, JOW 1998, 95, Hof Den Bosch 17 juni 1997, JOW 1998, 76, en Hof Den Bosch 7 oktober 1998, JOW 1998, 86.

133 Een ambtshalve matiging is overigens niet uitgesloten.

134 Zie ook Hof Amsterdam 21 januari 1999, NJ 1999, 488, JOW 2000, 26.

4.5 *Een nadere verkenning van de jurisprudentie van de Hoge Raad*

4.5.1 *Inleiding: de aanleidingen voor de draagkrachtjurisprudentie*

470. De draagkrachtjurisprudentie van de Hoge Raad beoogt, zo is hiervoor gebleken, te voorkomen dat de vervangende hechtenis ten uitvoer wordt gelegd in gevallen waarin de betrokkene de betalingsverplichting ex art. 36e Sr niet kan voldoen. Daarnaast kan ook een andere aanleiding voor de in het leven geroepen matigingsplicht worden aangewezen.

De ontnemingswetgeving is volgens de parlementaire stukken een noodzakelijke uitbreiding van het wettelijk instrumentarium ter bestrijding van '(...) bepaalde, dikwijls zeer complexe en geraffineerde, vormen van uiterst lucratieve criminaliteit (...)'.¹³⁵ Met name in de eerste jaren van de ontnemingspraktijk zijn er vorderingen ingesteld die bepaald niet aan dit beeld voldeden. Te denken valt bijvoorbeeld aan het instellen van ontnemingsvorderingen ter zake van het helen van een gestolen fiets met een voordeel van enkele tientjes of een beperkte handel in verdovende middelen door een drugsverslaafde teneinde zijn verslaving te onderhouden.¹³⁶

Het instellen van een ontnemingsvordering in dergelijke, doorgaans weinig rooskleurige omstandigheden is mede het gevolg van de tien-zaken-norm geweest. Het betreft hier de – inmiddels in het ongerede geraakte – plicht voor elke zaaksofficier om jaarlijks tien ontnemingsvorderingen in te stellen. Het praktische gevolg hiervan is geweest dat de selectie van zaken zich met name gericht heeft op eenvoudige zaken waarin weinig voordeel is behaald en de betrokkene bepaald niet aan het beeld voldoet van de zeer welgestelde misdadiger.¹³⁷ De draagkrachtjurisprudentie kan naar mijn mening mede worden begrepen als een reactie op deze gevolgen van de tien-zaken-norm. Door matiging voorkomt de rechter in enigerlei mate dat een betrokkene die in min of meer erbarmelijke omstandigheden verkeert, wordt geconfronteerd met een betalingsverplichting die de betrokkene nog verder in een uitzichtloze situatie brengt.

Een beoordeling van de draagkrachtjurisprudentie kan plaatsvinden aan de hand van de vraag in hoeverre deze rechtspraak een *adequate* reactie vormt op beide aanleidingen – het voorkomen van vervangende hechtenis en de reactie op erbarmelijke gevallen.

135 Memorie van Toelichting, p. 4. Zie ook nr. 108.

136 Vgl. ook Nelen & Sabee 1998, p. 174.

137 Zie over de tien-zaken-norm en de consequenties daarvan nader Nelen & Sabee 1996, p. 25, 68-69, Groenhuijsen, Van der Neut & Simmelink 1997, p. 11, en Nelen & Sabee 1998, p. 8, 18, 95-96, 104, 121, 237. Zie ook Nelen 2000, p. 87.

4.5.2 *Het voorkomen van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis*

471. De rechter is verplicht de betalingsverplichting te matigen indien zowel de huidige als de toekomstige draagkracht van de betrokkene ontbreekt. In die situatie is het enkel matigen van een betalingsverplichting, waardoor die verplichting ten dele in stand blijft, echter geen garantie dat de vervangende hechtenis niet ten uitvoer wordt gelegd. Gelet op het ontbreken van de huidige en toekomstige draagkracht ligt het immers bepaald niet voor de hand dat de betrokkene wel in staat zal zijn een gematigde betalingsverplichting te voldoen, tenzij het gaat om een matiging tot nihil. De Hoge Raad gaat er daarbij van uit dat het niet-betalen of niet kunnen verhalen van de betalingsverplichting (uiteindelijk) leidt tot het ten uitvoer leggen van de vervangende hechtenis. Dit betekent dat indien de betrokkene inderdaad geen noemenswaardige inkomsten verwerft en derhalve ook de gematigde betalingsverplichting niet kan voldoen, hij de vervangende hechtenis moet ondergaan. Dit laat zich niet rijmen met de eerste aanleiding van de draagkrachtjurisprudentie: het voorkomen van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis bij betalingsonmacht. De matiging leidt hooguit tot een kortere vervangende hechtenis. De matiging is derhalve in dit opzicht geen of hooguit een halfslachtige oplossing.¹³⁸

Doorredenerend op basis van de door de Hoge Raad veronderstelde tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis bij het niet-betalen of niet kunnen verhalen van de betalingsverplichting, rijst vervolgens de vraag waarom de Hoge Raad niet, in navolging van sommige lagere rechters,¹³⁹ heeft gekozen voor een verplichting tot het opleggen van een vervangende hechtenis van één dag. De wet staat daar niet aan in de weg.¹⁴⁰ Bij het vaststellen van een zo kort mogelijk vervangende hechtenis wordt de kans op tenuitvoerlegging immers zo veel mogelijk geminimaliseerd.

472. Een meer principiële kwestie is of de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis bij betalingsonmacht in het huidige wettelijke stelsel inderdaad onvermijdelijk is. Deze vraag is des te meer prangend, omdat het beleid van het Openbaar Ministerie erop is gericht dat alleen *betalingsonwilligen* en niet *betalingsonmachtigen* vervangende hechtenis ondergaan (zie nr. 467). Het karakter van de vervangende hechtenis en de daarbij geldende waarborgen komen in het volgende hoofdstuk nader aan de orde. Op deze plaats wijs ik er reeds op dat, mede

138 Ik wijk hiermee af van de (gematigd) positieve waardering in de literatuur van de draagkrachtjurisprudentie. Zie Simmelink & Van der Neut 1996, p. 548, Doorenbos 1997, p. 94-95, Van der Neut 1997, p. 64-65, en De Roos 1998, p. 317. Vgl. ook Keulen 1999, p. 53.

139 Zie de uitspraken genoemd in nr. 462.

140 Het geheel achterwege laten van de vervangende hechtenis is echter niet mogelijk. HR 30 september 1997, JOW 1998, 67.

in het licht van art. 5 lid 1 EVRM, de regeling van herzieningsprocedure (art. 577b lid 2 Sv) zo moet worden uitgelegd dat er voldoende waarborgen bestaan tegen de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis in het geval dat de betrokkene niet kan betalen.¹⁴¹ Aanvaardt men deze interpretatie, dan komt de eerste aanleiding voor de matigingsplicht op losse schroeven te staan.

4.5.3 *Matiging als reactie op erbarmelijke gevallen*

473. Beschouwt men de matigingsplicht als een manier om tegemoet te komen aan het instellen van een ontnemingsvordering in erbarmelijke gevallen, dan is een eerste knelpunt dat de matigingsplicht geen duidelijke vorm heeft gekregen. Er is weliswaar sprake van een plicht tot matiging, maar aan de verwerping van het draagkrachtverweer worden bepaald geen hoge eisen gesteld. Een verwijzing naar de – veelal lange – verjaringstermijn en de bevoegdheid tot uitstel van betaling volstaat. De consequentie van deze toetsingswijze is dat niet duidelijk wordt in welke gevallen de Hoge Raad zou willen aannemen dat er een redelijke verwachting bestaat dat de betrokkene (ook) in de toekomst geen draagkracht heeft, en in hoeverre in die gevallen moet worden gematigd.¹⁴² Onduidelijk is verder wat de Hoge Raad verstaat onder het ontbreken van (huidige en toekomstige) draagkracht. Zo blijkt uit de draagkrachtjurisprudentie niet of de rechter reeds bij een minimale aflossingscapaciteit moet aannemen dat er voldoende draagkracht aanwezig is om niet tot matiging te hoeven overgaan.¹⁴³

Tengevolge van de marginale toetsingswijze van de Hoge Raad is ook een gelijke behandeling van gelijke gevallen moeilijk te realiseren. Waar de ene rechter meent dat er geen redelijke verwachting bestaat dat de betrokkene nu en in de toekomst voldoende draagkracht heeft, kan de andere rechter op grond van dezelfde feiten en omstandigheden overwegen dat het gelet op de verjaringstermijn en de bevoegdheid tot uitstel van betaling niet uitgesloten is dat de betrokkene in staat zal zijn aan de betalingsverplichting te voldoen.¹⁴⁴

141 Zie hieromtrent nader nr. 549-552.

142 Zie ook Schalken in zijn noot onder HR 16 april 1996, NJ 1998, 631, en Engberts 1999, p. 274. Keulen 1999, p. 53-54, wijst terecht op de mogelijkheid dat in bepaalde gevallen strengere motiveringseisen kunnen worden gesteld, maar de huidige jurisprudentie geeft geen blijk van een dergelijke aanscherping.

143 Zie Keijser-Ringnalda 1997, p. 318, die erop wijst dat bij een uitkeringsgerechtigde nog verhaal tot de beslagvrije voet mogelijk is. Vgl. ook Keijser-Ringnalda 1996, p. 17, Engberts 1999, p. 274, en, met betrekking tot de geldboete, Memorie van Antwoord, TK 1981-1982, 15 012, nr. 5, p. 15.

144 Vgl. ook Simmelink & Van der Neut 1996, p. 548, Doorenbos 1997, p. 95, Van der Neut 1997, p. 65, en Schalken in zijn noot onder HR 16 april 1996, NJ 1998, 631. Simmelink en Van der Neut doen het voorstel de verjaringstermijn te beperken tot een 'redelijke termijn', zonder daarbij overigens duidelijk te maken wat dan redelijk zou zijn. Vgl. ook Keulen 1999, p. 54. In sommige uitspraken geven (lagere) rechters er blijk van bij de inschatting van de toekomstige draagkracht te zijn uitgegaan van de 'nabije toekomst' of een 'redelijke termijn'. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 3 september 1996, JOW 1997, 114, Rb. Almelo 7 april 1997, JOW 1997, 79, en Rb. Rotterdam

474. Een meer fundamenteel bezwaar is dat de Hoge Raad voorbij gaat aan een alternatief voor de matiging van de betalingsverplichting, te weten: het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel.¹⁴⁵ De bevoegdheid hiertoe wordt verleend door art. 36e leden 1 en 3 Sr en daarnaast door art. 9a Sr en art. 511e lid 1 sub a Sv (zie nr. 122). Weliswaar laat de Hoge Raad de mogelijkheid open van een matiging tot nihil, hetgeen *de facto* niets anders is dan het niet-opleggen van de ontnemingsmaatregel, maar de draagkrachtjurisprudentie geeft niet expliciet aanleiding voor het in overweging nemen van het niet-opleggen van de ontnemingsmaatregel. Die beslissing is naar mijn mening meer gepast dan een matiging in gevallen waarin de betrokkene werkelijk in weinig benijdenswaardige omstandigheden verkeert.¹⁴⁶

In de (lagere) rechtspraak treft men gevallen aan waarin de rechter overgaat tot een gedeeltelijke matiging van de betalingsverplichting, terwijl het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel naar mijn mening een adequatere reactie zou zijn. Ik geef een voorbeeld, ontleend aan een uitspraak van de rechtbank Den Bosch.¹⁴⁷ De betrokkene heeft in deze zaak door middel van oplichting en verduistering een voordeel verkregen met een omvang van f 11.250. Bij de vaststelling van de betalingsverplichting wijst de rechtbank allereerst op een psychologisch voorlichtingsrapport waaruit blijkt dat de betrokkene mede onder invloed van een persoonlijkheidsstoornis met de besteding van het voordeel getracht heeft 'vrienden te kopen'. Daarnaast constateert de rechtbank dat de huidige en toekomstige draagkracht niet toereikend is om een niet-gematigde betalingsverplichting te voldoen. Daarom wordt de betalingsverplichting – met 56% – gematigd tot f 5000 (te vervangen door een hechtenis van 50 dagen).¹⁴⁸

Dit oordeel voldoet aan de normen die voortvloeien uit de matigingsjurisprudentie. De rechter constateert dat de draagkracht thans en in de toekomst ontbreekt en gaat derhalve over tot matiging. Maar welk nut heeft het opleggen van een betalingsverplichting van f 5000 in dit geval? Het gaat hier om een betrokkene met psychische klachten wiens financiële toekomst volgens de rechter zonder perspectief is. De kans dat hij de ontnemingsmaatregel kan voldoen, is derhalve zeer klein, terwijl de betalingsverplichting wellicht belemmerend kan werken bij de behandeling en het herstel van zijn psychische klachten. Daar komt bij dat de betrokkene vermoedelijk weinig plezier van zijn geld heeft gehad, doordat hij het

18 april 1997, JOW 1998, 10.

145 In de lagere rechtspraak komt die beslissing wel naar voren. Zie de rechtspraak vermeld in noot 105.

146 Vgl. ook Keijser-Ringnalda 1994, p. 106-107: '(...) [men] kan zich afvragen of het zin heeft een vermogensmaatregel op te leggen waarvan van tevoren vaststaat, dat de veroordeelde daaraan niet zal kunnen voldoen.'

147 Rb. Den Bosch 23 juli 1996, JOW 1998, 33.

148 Waarom de rechtbank nu juist tot dit bedrag matigt, blijft onvermeld.

voordeel dwangmatig heeft gespendeerd. Kortom, deze casus geeft naar mijn mening aanleiding om het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel serieus in overweging te nemen.

4.5.4 *De matigingsplicht is geen adequate reactie*

475. Uit het voorgaande mag blijken dat de matigingsjurisprudentie verschillende praktische en principiële knelpunten kent. Ik constateer dan ook dat de draagkracht-jurisprudentie geen adequate reactie is op het voorkomen van vrijheidsbeneming bij betalingsonmacht en het tegengaan van het opleggen van een al dan niet gematigde betalingsverplichting aan een in erbarmelijk omstandigheden verkerende betrokkene. De vraag rijst nu in hoeverre een andere benadering van de draagkracht-problematiek de gesignaleerde knelpunten kan wegnemen.

De aanknopingspunten voor een alternatieve benadering zijn in het voorgaande in wezen al gegeven. Van belang is vooral om naast de matiging van de betalingsverplichting expliciet aandacht te besteden aan de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel. In het navolgende concentreer ik mij dan ook op de vragen in welke gevallen het al dan niet zinvol is om een ontnemingsmaatregel op te leggen, en, indien tot oplegging van die maatregel wordt beslist, op grond van welke criteria de betalingsverplichting zou moeten worden gematigd. Bij de beantwoording van deze vragen veronderstel ik, anders dan de Hoge Raad, dat in het huidige stelsel de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis met voldoende waarborgen is omkleed zodat deze tenuitvoerlegging geen automatisme is bij het niet-betalen of niet kunnen verhalen van de betalingsverplichting, maar een reactie vormt op de betalingsonwil van de betrokkene. Hoe deze rechtsbescherming er precies uitziet, komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

4.6 *Een alternatieve benadering van de draagkrachtproblematiek*

4.6.1 *Inleiding*

476. De beantwoording van de hiervoor geformuleerde vragen geschiedt aan de hand van twee vergelijkingen. Allereerst onderzoek ik op welke wijze in het Duitse recht met het ontbreken van draagkracht wordt omgegaan. Vervolgens zet ik de matigingsbevoegdheid bij de vaststelling van de betalingsverplichting af tegen de bevoegdheid tot matiging van schadevergoeding (art. 6:109 BW). Mede op basis van de resultaten van deze vergelijkingen formuleer ik enkele vuistregels voor het opleggen van de ontnemingsmaatregel en de matiging van de betalingsverplichting.

4.6.2 *Vergelijking: het afzien of matigen van het Verfall (§ 73c Abs. 1 StGB)*

477. De toepassing van het *Verfall* wordt in § 73 Abs. 1 en § 73d Abs. 1 StGB dwingend voorgeschreven. Indien de rechter constateert dat de betrokkene uit het door hem begane feit enige opbrengst heeft verkregen, moet dit worden ontnomen.¹⁴⁹ Het gaat hier om een wettelijke plicht, die in de praktijk veelal wordt genegeerd. In de Duitse strafrechtspraktijk is de toepassing van het (*erweiterte*) *Verfall* eerder uitzondering dan regel.¹⁵⁰ Dat neemt niet weg dat het interessant is te onderzoeken op welke wijze het Duitse recht (theoretisch) omgaat met betrokkenen die in weinig benijdenswaardige omstandigheden verkeren.

In § 73c Abs. 1 StGB wordt een aantal uitzonderingen op de wettelijke plicht tot ontneming aangenomen.¹⁵¹ Het toepassen van het *Verfall* moet allereerst – geheel of ten dele – achterwege blijven voor zover ('soweit') ontneming voor de betrokkene een *unbillige Härte* zou zijn. Daarnaast kan – en niet: moet – van ontneming worden afgezien voor zover ten tijde van de uitspraak in de strafzaak de waarde van het verkregene niet meer in het vermogen van de betrokkene aanwezig is of indien het verkregene slechts een geringe waarde heeft.¹⁵²

De grondslag voor § 73c Abs. 1 StGB is het (constitutionele) *Übermaßverbot*.¹⁵³ Het met het *Verfall* beoogde rechtsherstel rechtvaardigt weliswaar dat het *Verfall* in principe dwingend wordt toegepast, maar in het licht van de concrete omstandigheden van het geval kan de ontneming onevenredige of onbillijke gevolgen hebben.¹⁵⁴

478. In de Duitse rechtspraak is vooral de vraag aan de orde gekomen in hoeverre het niet meer voorhanden hebben van de opbrengst tot het geheel of gedeeltelijk afzien van het *Verfall* moet leiden. Hierin is bepaald dat de rechter allereerst moet

149 Dit blijkt reeds uit de formulering van § 73 Abs. 1 en § 73d Abs. 1 StGB. Zie onder andere BGH 19 april 1989, NStZ 1989, p. 456, BGH 22 augustus 1995, StV 1995, p. 635, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73c, Rn. 1. Zie ook nr. 122.

150 Zie hierover Wolters 1995, p. 14-18. Als belangrijkste oorzaken noemt hij bewijsproblemen en het bestaan van vorderingen van benadeelden. Zie voorts Kilchling 2000, p. 245-247, met enige tabellen over de toepassing van het (*erweiterte*) *Verfall*. Zo werd in 1997 in krap 3% van alle strafzaken enigerlei vorm van ontneming toegepast.

151 Deze bepaling ziet toe op zowel § 73 Abs. 1 als § 73d Abs. 1 StGB. Vgl. BGH I maart 1995, NJW 1995, p. 2235-2236, NStZ 1995, p. 491-492, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73d, Rn. 19.

152 De onderlinge verhouding tussen deze gronden is niet geheel duidelijk. Met name de relatie tussen de *unbillige Härte* en het niet meer voorhanden hebben van de wederrechtelijke verrijking is in de Duitse literatuur onderwerp van discussie. Doorgaans wordt aangenomen dat het niet meer voorhanden hebben van de verrijking erop kan duiden dat de toepassing van het *Verfall* tot onevenredige resultaten leidt. Zie hieromtrent nader LK-Schäfer 1985, § 73c, Rn. 3, en Hildenstab 1990, p. 104-105.

153 Zie hierover onder andere Eser 1969, p. 195-197. Het afzien van het *Verfall* vanwege de geringe omvang van de opbrengst berust niet op het *Übermaßverbot*, maar op proceseconomische overwegingen. Zie onder andere Güntert 1983, p. 69, en Schönke/Schröder-Eser, § 73c, Rn. 5.

154 Schulteheinrichs 1991, p. 64, en BGH 11 april 1995, NStZ 1995, p. 495.

onderzoeken of in plaats van de oorspronkelijk verkregen opbrengst wellicht een ander vermogensbestanddeel (*Wertersatz*) is getreden. Indien dit niet het geval is of indien ook dat vermogensbestanddeel niet meer tot het vermogen van de betrokkene behoort,¹⁵⁵ komt de rechter pas toe aan het eventueel matigen of achterwege laten van het *Verfall*. Of hij daar ook werkelijk toe overgaat, is afhankelijk van de omstandigheden die tot het wegvallen van de verrijking hebben geleid.¹⁵⁶ Relevant is bijvoorbeeld of de betrokkene het geld (...) in "Massagesalons" und Bars verbracht hat (...),¹⁵⁷ of dat hij door de omstandigheden gedwongen het geld heeft besteed aan levensonderhoud.¹⁵⁸ De rechter moet daarnaast in ogenschouw nemen welke uitwerking het *Verfall* in de concrete omstandigheden van het geval zal hebben.¹⁵⁹ Daartoe behoort in elk geval een afweging in hoeverre de betalingsverplichting een belemmering vormt voor de resocialisatie van de betrokkene.¹⁶⁰

De literatuur noemt nog meer gronden die het achterwege laten van het *Verfall* of een matiging kunnen rechtvaardigen.¹⁶¹ Het gaat daarbij onder meer om de situatie waarin de opbrengst is aangewend voor de instandhouding van een verslaving,¹⁶² de opbrengst aan charitatieve instellingen is geschonken,¹⁶³ de opbrengst is geïnvesteerd in een bedrijf waarbij de ontneming het voortbestaan van het bedrijf in gevaar brengt,¹⁶⁴ en de opbrengst is verkregen terwijl de betrokkene geen of slechts in geringe mate een verwijt treft.¹⁶⁵

- 155 Doorslaggevend daarbij is of de betrokkene daadwerkelijk nog over de verrijking kan beschikken. Dit is niet het geval indien de opbrengst is besteed aan het aflossen van reeds bestaande schulden, ook al leidt dat op zichzelf niet tot een vermindering van de (reeds verkregen) opbrengst. Zie BGH 9 juli 1991, BGHSt 38, 23, NJW 1991, p. 2714-2715, en BGH 5 april 2000, NStZ 2000, p. 480-481, wistra 2000, p. 298.
- 156 BGH 12 september 1984, BGHSt 33, 37, NJW 1985, p. 752-753, LG Saarbrücken 19 december 1985, NStZ 1986, p. 267, en BGH 11 april 1995, NStZ 1995, p. 495. Vgl. ook BGH 12 juli 2000, NStZ 2000, p. 589-590. Het enkel spenderen van het voordeel leidt derhalve niet tot een matiging of het achterwege laten van het *Verfall*. Zie onder andere LK-Schäfer 1985, § 73c, Rn. 4, Hildenstab 1990, p. 105, en Schultehinrichs 1991, p. 65.
- 157 BGH 18 december 1981, NJW 1982, p. 774, NStZ 1982, p. 245.
- 158 Zie BGH 14 maart 1990, BGHR StGB § 73c, Härte 2, en BGH 9 juli 1991, NStZ 1991, p. 529.
- 159 Vgl. BGH 17 augustus 1994, BGHR StGB § 73c, Härte 3. Zie voorts Eser 1969, p. 354-355, 364, Güntert 1983, p. 68, LK-Schäfer 1985, § 73c, Rn. 4, en Hildenstab 1990, p. 102.
- 160 LG Saarbrücken 19 december 1985, NStZ 1986, p. 267, en BGH 11 april 1995, NStZ 1995, p. 495. Van belang in dit verband is ook § 459 Abs. 2 jo. § 459d Abs. 1 StPO, op grond waarvan in de executoriale fase het *Verfall* geheel of ten dele kan worden kwijtscholden, indien het *Verfall* tezamen met een (voorwaardelijke) vrijheidsstraf is opgelegd, en de betalingsverplichting de resocialisatie belemmert. Deze kwijtschelding kan alleen op grond van een *novum* plaatsvinden. Zie Schultehinrichs 1991, p. 65, en Pfeijffer-Fischer 1999, § 459d, Rn. 3.
- 161 Zie voor een overzicht Tröndle/Fischer-Fischer 1999, § 73c, Rn. 2.
- 162 Güntert 1983, p. 68, en Schultehinrichs 1991, p. 64.
- 163 Hildenstab 1990, p. 102, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73c, Rn. 4.
- 164 LK-Schäfer 1985, § 73c, Rn. 5, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73c, Rn. 4.
- 165 Hildenstab 1990, p. 102, Schultehinrichs 1991, p. 64, en Schönke/Schröder-Eser 1997, § 73c, Rn. 4. Deze grond is gerelateerd aan het ontbreken van een schuldvereiste voor de oplegging van het *Verfall*. Een *rechtswidrige Tat* volstaat. Zie nr. 112 en 118.

479. Voor de *Geldbuße* en het *Verfall* in de OWiG bestaat er geen regeling in de trant van § 73c Abs. 1 StGB.¹⁶⁶ Dat betekent echter niet dat die sancties zonder meer worden opgelegd. Voor wat betreft de *Geldbuße* bepaalt § 17 Abs. 4 OWiG weliswaar dat deze het bedrag van het verkregen voordeel moet overschrijden, maar er wordt algemeen aangenomen dat dit voorschrift mag worden genegeerd indien de 'wirtschaftlichen Verhältnisse' van de dader dit niet toelaten (vgl. § 17 Abs. 3 OWiG). Derhalve geldt ook voor de oplegging van de *Geldbuße* dat deze niet tot *unbillige Härte* mag leiden.¹⁶⁷

De toepassing van het *Verfall* ex § 29a OWiG is, anders dan het *Verfall* in het StGB, niet dwingend voorgeschreven. Reeds om deze reden ontbreekt de noodzaak voor een regeling voor gevallen van *unbillige Härte*. In de literatuur wordt overigens wel gewezen op de mogelijkheid van een analoge toepassing van § 73c Abs. 1 StGB.¹⁶⁸

480. Welke gezichtspunten komen in het Duitse recht naar voren die voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel van betekenis zijn? De belangrijkste verworvenheid is naar mijn mening de in de rechtspraak geformuleerde verplichting voor de rechter om te onderzoeken welk effect de ontneming zal hebben voor de betrokkene, en dan in het bijzonder met het oog op zijn resocialisatie.¹⁶⁹ Deze verplichting spreekt aan omdat daarin tot uiting komt, zij het wellicht impliciet, dat de ontneming van misdadige opbrengsten niet in een maatschappelijk vacuüm plaatsvindt. Juist omdat de voordeelsontneming primair recht beoogt te doen aan een maatschappelijk belang, mag men niet blind zijn voor de uitwerking van de sanctie voor deze betrokkene.

Het tweede gezichtspunt betreft de verplichting om aandacht te besteden aan de redenen waarom de betrokkene geen draagkracht meer heeft. Die reden is immers van belang voor de vraag in hoeverre het in het concrete geval gerechtvaardigd is dat de betrokkene met de (financiële) last van de ontneming wordt geconfronteerd. De betrokkene die het voordeel uitsluitend heeft gebruikt voor het noodzakelijke levensonderhoud, moet anders tegemoet worden getreden dan de betrokkene die het voordeel op een aangename wijze heeft gespendeerd.

166 § 8 Abs. 2 WiStG kent voor de *Mehrerlösabführung* wel een op § 73c Abs. 1 StGB gelijkend voorschrift. Zie daarover nader Drathjer 1997, p. 146-149.

167 Zie hierover nader Drathjer 1997, p. 138-139, KK OWiG-Steindorf 1989, § 17, Rn. 119, Göhler 1998, Rn. 45, en Lemke 1999, § 17, Rn. 36. Vgl. ook BayObLG 25 april 1995, wistra 1995, p. 360-362: het opleggen van een boete die het effect heeft dat met terugwerkende kracht het inkomen over een lange periode wordt weggenomen, komt in strijd met het *Übermaßverbot*.

168 KK OWiG-Wilts 1989, § 29a, Rn. 37, en Drathjer 1997, p. 142-143. Zie ook Göhler 1998, § 29a, Rn. 8.

169 Deze verplichting houdt dan ook meer in dan het enkel vaststellen van de toekomstige draagkracht van de betrokkene. Het gaat bij resocialisatie ook om de integratie in de maatschappij, die wellicht wordt belemmerd door de schuldenlast.

4.6.3 *Vergelijking: matiging van schadevergoeding*

481. De draagkrachtjurisprudentie is in hoofdzaak gebaseerd op de gedachte dat de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel, gelet op de mogelijkheid van vervangende hechtenis, onder omstandigheden problematisch is. Hieraan ligt impliciet de veronderstelling ten grondslag dat met het wegdenken van die mogelijkheid het opleggen van een – niet gematigde – betalingsverplichting in principe gerechtvaardigd is. Bijkomende bijzondere omstandigheden zouden vervolgens nog tot een modificatie (matiging) kunnen nopen. Het is van belang vast te stellen of dit een valide uitgangspunt is. Het vertrekpunt daarvoor kan worden gevonden in een vergelijking met de mogelijkheid van matiging van schadevergoeding (art. 6:109 lid 1 BW). De grondslag voor deze uitzondering kan meer licht doen schijnen op de houdbaarheid van het uitgangspunt van een volledige ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

482. Op grond van art. 6:109 lid 1 BW is de rechter bevoegd een wettelijke schadevergoedingsplicht te matigen indien de toekenning van een volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden van het geval tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.¹⁷⁰ In deze bepaling komt zowel het uitgangspunt (volledige vergoeding) als de uitzondering (gematigde vergoeding) tot uiting. De uitzondering vindt zijn grondslag in de billijkheid.¹⁷¹ Het onrechtmatig veroorzaken van schade aan de benadeelde vergt een volledige schadevergoeding, maar het is niet uitgesloten dat in de concrete omstandigheden van het geval die volledige vergoeding niet (langer) kan worden gerechtvaardigd. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet enkel betrekking heeft op de belangen van de gelaedeerde. Deze vormen zeer zeker het uitgangspunt, maar uiteindelijk is het evenwicht tussen alle betrokken belangen bepalend.¹⁷²

483. De wet geeft niet duidelijk aan in welke gevallen een volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen leidt. Dat valt in zijn algemeenheid ook niet te zeggen, omdat de concrete omstandigheden van het geval daarvoor

170 In het tweede lid van art. 6:109 BW wordt bepaald dat de matiging niet beneden het bedrag mag geschieden dan waarvoor de debiteur zijn aansprakelijkheid heeft verzekerd of had moeten verzekeren.

171 Zie met name Maeijer 1962, onder andere op p. 34-35, en voorts Abas 1992, nr. 5. H.J. Snijders 1997, p. 265, wijst erop dat art. 6:109 BW in wezen meerdere ratio's heeft. Elke grond voor matiging kent zijn eigen ratio. De algemene ratio is evenwel gelegen in de billijkheid.

172 Zie Maeijer 1962, p. 81: 'Het is (...) even eenzijdig de laedens ondanks zijn schadelijke handelwijze zoveel mogelijk te ontzien, als de gelaedeerde, het slachtoffer, met overdreven grote zorg te omringen.' Zie voorts Maeijer 1962, p. 90, 93, Abas 1992, nr. 1, en Asser-Hartkamp 4-1 2000, nr. 494.

doorslaggevend zijn.¹⁷³ In art. 6:109 lid 1 BW heeft de wetgever wel enige factoren enuntiatief opgesomd. Daartoe behoort de draagkracht van de partijen. Het gaat daarbij niet enkel om de draagkracht van de laedens, maar ook om de verhouding ten opzichte van de draagkracht van de gelaedeerde.¹⁷⁴

In de rechtspraak wordt een enkele keer een schadevergoeding in verband met de draagkracht van partijen gematigd.¹⁷⁵ Daaruit komt geen duidelijke concretisering naar voren onder welke omstandigheden de draagkracht zodanig tekortschiet dat er aanleiding is voor matiging. Ook in de literatuur treft men dergelijke criteria niet aan.¹⁷⁶ Er wordt veelal enkel gesteld dat een matiging van schadevergoeding wegens ontoereikende draagkracht alleen in uitzonderlijke gevallen dient te geschieden.¹⁷⁷ Het meest concreet is nog Maeijer, die laat blijken dat hij het vernietigen van het (huidige en toekomstige) economisch bestaan van de laedens een toereikende grond acht.¹⁷⁸

Er speelt hier overigens een belangrijk praktisch aspect mee. Alvorens tot het vorderen van schadevergoeding over te gaan, zal de crediteur veelal een beeld trachten te krijgen van de vermogenspositie van zijn debiteur. Indien deze geen of nauwelijks verhaal biedt, is de kans dat de vordering in rechte aanhangig wordt gemaakt, betrekkelijk klein. Aan matiging komt men dan in het geheel niet toe.

484. Op het eerste gezicht lijkt het matigingsrecht van art. 6:109 lid 1 BW steun te bieden voor de lijn zoals die is uitgezet in de draagkrachtjurisprudentie bij de voordeelsontneming. Het uitgangspunt is rechtsherstel door het vergoeden van de veroorzaakte schade respectievelijk het wegnemen van het verkregen voordeel, maar prangende omstandigheden kunnen aanleiding zijn dat rechtsherstel ten dele

173 In HR 28 mei 1999, NJ 1999, 510, geeft de Hoge Raad, in navolging van de wetsgeschiedenis, nog wel als richtsnoer dat de rechter terughoudend gebruik behoort te maken van de matigingsbevoegdheid.

174 Zo reeds Maeijer 1962, p. 138.

175 Zie het overzicht bij Deurvorst in: Bloembergen e.a. (losbl.), aant. 79 op art. 6:109 (suppl. 20). Het gaat in de meeste gevallen om een matiging van een immateriële schadevergoeding. Opvallend is dat de Hoge Raad met betrekking tot de schadevergoedingsmaatregel (art. 36f Sr) de rol van de draagkracht, mede op grond van de wetsgeschiedenis, geheel buiten de deur houdt. Zie HR 20 juni 2000, NJ 2000, 634, m.nt. JdH. Nu de oplegging van deze maatregel afhankelijk is van de civielrechtelijke schadeplichtigheid, speelt op grond van art. 6:109 lid 1 BW ook de draagkracht van de betrokkene een rol, zij het in relatie tot de financiële gesteldheid van de benadeelde. Dat de betalingsverplichting jegens de staat ontstaat en niet rechtstreeks jegens de gelaedeerde doet daar niet aan af. Zie in vergelijkbare zin A-G Wortel in zijn conclusie voor dit arrest.

176 Vgl. bijvoorbeeld Abas 1992, nr. 11, en Deurvorst in: Bloembergen e.a. (losbl.), aant. 79 op art. 6:109 (suppl. 20). Deze vaagheid hangt hoogst waarschijnlijk samen met het niet voorhanden zijn van een duidelijke ratio waarom matiging op grond van gebrekkige draagkracht zo onbillijk is. Zie daarover met name H.J. Snijders 1997, die op p. 272 aangeeft dat de ratio 'flinterdun' is, en op p. 273 stelt dat overwegingen van menselijkheid en socialiteit alleen 'in heel schrijnende gevallen' tot matiging nopen.

177 Of in het geheel achterwege zou moeten worden gelaten. Zie met name Brunner 1973, p. 17-18.

178 Maeijer 1962, p. 135-140.

achterwege te laten. Maar die vergelijking is niet geheel zuiver. Vooropgesteld moet worden dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht primair recht wil doen aan de geschonden belangen van de benadeelde. Matiging van de schadevergoeding betekent per definitie dat die belangen worden verkort. Of dat gerechtvaardigd is, is afhankelijk van het gewicht van het belang dat met matiging wordt gediend ten opzichte van het gewicht van de belangen van de benadeelde.

485. Voor het opleggen van een ontnemingsmaatregel geldt, evenals voor iedere strafrechtelijke sanctie, dat er een andere afweging plaatsvindt. Groenhuijsen drukt het verschil als volgt uit:

In een burgerlijk geding gaat het veelal om het verdelen van nadeel. Er is schade ontstaan, en de vraag is welke partij die zal moeten dragen. Vanaf dat moment is het voordeel voor de één het nadeel voor de ander. Een zero-sum-game. In het strafproces ontbreekt die vorm van symmetrie en complementariteit. Er is een delict gepleegd, waarvan nogal eens een slachtoffer de dupe is geworden. De inzet van het geding is evenwel vooral de vraag of er nieuw leed op oud leed moet worden gestapeld: of er redenen zijn om de dader te belasten met een nadeel ter ideële effening van de inbreuk op de publieke rechtsorde.¹⁷⁹

In deze overweging komt tot uiting dat een strafrechtelijke reactie geen automatisme is na het constateren van het begaan zijn van een strafbaar feit, maar telkens moet de *vraag* worden beantwoord of er een sanctie wordt opgelegd, en zo ja: welke. Dit komt tot uiting in de uitdrukkelijke bevoegdheid om geen sanctie op te leggen (art. 9a Sr),¹⁸⁰ alsmede de ruime straftoemingsvrijheid die de strafrechter geniet.¹⁸¹

Voor de ontnemingsmaatregel ligt dit niet anders.¹⁸² De rechter moet telkens afwegen of het opleggen van een ontnemingsmaatregel in de concrete omstandigheden van het geval een zinvolle reactie is op het begaan zijn van een strafbaar feit. Dit komt tot uitdrukking in verschillende wettelijke bepalingen. Op grond van art. 36e leden 1 en 3 Sr *kan* er een ontnemingsmaatregel worden opgelegd. Art. 511e lid 1 sub a Sv schrijft voor dat de rechter moet overwegen *of* hij een ontnemingsmaatregel oplegt. Ook art. 9a Sr kent hem de bevoegdheid toe geen maatregel op te leggen (nr. 121). Gaat de rechter wel over tot het opleggen van een ontnemingsmaatregel, dan is hij gelet op de laatste volzin art. 36e lid 4 Sr niet

179 Groenhuijsen 1996c, p. 20.

180 Anders oordeelt Kooijmans 2000b, p. 605-606. Hij stelt dat het opleggen van een sanctie, en dan met name een straf, als uitgangspunt heeft te gelden. Toepassing van art. 9a Sr zou een uitzondering zijn, hetgeen zijns inziens tot uiting komt in de motiveringsplicht van art. 359 lid 4 Sv.

181 Zie daarover bijvoorbeeld Kelk 1998, p. 402-407.

182 Men zou natuurlijk kunnen tegenwerpen dat de ontnemingsmaatregel niet de toevoeging van leed beoogt, maar uitsluitend rechtsherstel. Dat argument maakt weinig indruk. Zie over de relativiteit van het onderscheid tussen de leedtoevoegende straf en de rechtsherstellende maatregel nr. 97-101.

gehouden de betalingsverplichting gelijk te stellen aan de hoogte van het bedrag van het verkregen voordeel.

Op het scherpst van de snede is het verschil tussen het matigen van een schadevergoeding en het opleggen van een ontnemingsmaatregel als volgt. De civiele rechter moet, indien hij constateert dat er een plicht tot schadevergoeding bestaat, een volledige schadevergoeding toekennen, tenzij er factoren zijn met een *negatieve* strekking. Dit zijn factoren die nopen tot een matiging. De strafrechter moet daarentegen oordelen of er *positieve* factoren aanwezig zijn, omstandigheden die aanleiding geven tot de oplegging van een ontnemingsmaatregel.

486. Maar hoe groot is nu eigenlijk precies het verschil het matigen van een schadevergoeding en het opleggen van een ontnemingsmaatregel? In hoofdstuk 2 is gebleken dat het rechtsherstel dat met de voordeelsontneming wordt nagestreefd, in overeenstemming is met een fundamentele rechtvaardigheidsgedachte. Ook al beschouwt men daarmee voordeelsontneming nog niet als categorische imperatief, deze rechtvaardigheidsgedachte zou wellicht wel als grondslag kunnen worden gezien voor het uitgangspunt dat het verkregen voordeel wordt ontnomen, tenzij zwaarwegende omstandigheden zich daartegen verzetten. In deze redenering wordt de rechtvaardiging die *in abstracto* aan de voordeelsontneming ten grondslag ligt, voorop gesteld, maar met een aanvullende toets of die rechtvaardiging ook in het concrete geval nog (voldoende) gelding heeft. Dit resultaat komt overeen met het uitgangspunt dat de Hoge Raad voor ogen lijkt te hebben.

Deze tegenwerping doet strikt genomen geen afbreuk aan het hiervoor geconstateerde verschil tussen het matigen van een schadevergoeding en het opleggen van een ontnemingsmaatregel. Het enkele feit dat het opleggen van een ontnemingsmaatregel als een rechtvaardige reactie op het behalen van voordeel uit het begaan van een strafbaar feit geldt, doet geen afbreuk aan het vereiste dat de rechter moet onderzoeken of er aanleiding is voor de oplegging van die maatregel (zie ook nr. 124). De rechtvaardigheidsgedachte die achter de ontnemingsmaatregel schuil gaat, houdt niet in – en kan dat als *abstracte* norm ook niet inhouden – dat de uitwerking van de ontneming ook in de omstandigheden van het concrete geval per definitie als rechtvaardig heeft te gelden. Er is in dit opzicht geen verschil met elke andere strafrechtelijke sanctie:¹⁸³ de oplegging hiervan is *in abstracto* een rechtvaardige reactie, maar daarmee is nog niets gezegd over de rechtvaardigheid van de oplegging in het concrete geval.

Het voorgaande laat onverlet dat de rechter in het (overgrote) merendeel van de gevallen aanleiding voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel zal kunnen

183 Zie voor een uitzondering echter art. 214bis Sr, dat lijkt uit te gaan van een plicht tot verbeurdverklaring van – kort gezegd – vals geld en materialen die tot de productie daarvan bestemd zijn.

zien. Zeker indien het Openbaar Ministerie een kritische selectie van de zaken maakt waarin een ontnemingsvordering wordt ingesteld, kan de oplegging van een ontnemingsmaatregel in *kwantitatief* opzicht als uitgangspunt gelden. Het neemt echter niet weg dat de rechter de rechtvaardigheid van de oplegging van een ontnemingsmaatregel voor het concrete geval niet reeds bij voorbaat mag veronderstellen.

Er is nog een aanvullende reden om vast te houden aan de eis dat de rechter moet onderzoeken of er aanleiding is om een ontnemingsmaatregel op te leggen. In het vierde hoofdstuk is aan de orde geweest dat de samenhang tussen vergelding en het door de ontnemingsmaatregel beoogde rechtsherstel vergt dat op enigerlei wijze afstemming plaatsvindt tussen de verschillende sancties (zie nr. 103, 123 en 124). Het karakter van de ontnemingsmaatregel brengt met zich mee dat de rechter moet onderzoeken of er (ook) gelet op de overig opgelegde sancties nog aanleiding is voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel.

487. Op grond van het voorgaande meen ik dat de discussie over de vraag welke betekenis het ontbreken van draagkracht heeft voor het opleggen van een ontnemingsmaatregel behoort te worden gevoerd vanuit het principe dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel in de concrete omstandigheden van het geval gepast en zinvol moet zijn. De matiging van de betalingsverplichting is hierbij overigens niet geheel uit beeld verdwenen. Men kan er niet om heen dat art. 36e lid 4 Sr de bevoegdheid daartoe expliciet geeft. Het één sluit het ander echter niet uit. De rechter kan bij de beslissing om al dan geen ontnemingsmaatregel op te leggen in beginsel uitgaan van een betalingsverplichting ter hoogte van het bedrag van het voordeel. Bij die beslissing kan hij stuiten op feiten en omstandigheden die enerzijds aanleiding geven tot het opleggen van een ontnemingsmaatregel, maar anderzijds niet 'het volle pond' kunnen rechtvaardigen. Alsdan komt de rechter toe aan het matigen van de betalingsverplichting.

4.6.4 Enkele vuistregels

4.6.4.1 Inleiding

488. Het is bepaald niet eenvoudig, als het al mogelijk is, om een verfijnd stelsel van deelregels te verschaffen op grond waarvan de rechter met wiskundige precisie de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel en eventueel tot matiging van de betalingsverplichting kan nemen. De ontnemingspraktijk biedt immers een zeer gevarieerd beeld aan gevallen en de hiervoor uiteengezette theoretische uitgangspunten zijn tamelijk abstract. Het is echter wel mogelijk een aantal vuistregels te formuleren die betrekking hebben op enkele doorsnee gevallen.

4.6.4.2 Het uitgangspunt

489. Als algemeen uitgangspunt zou naar mijn mening moeten gelden dat er aanleiding is voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel indien een redelijke verwachting bestaat dat deze maatregel ook ten uitvoer kan worden gelegd.¹⁸⁴ Er moet derhalve een redelijke verwachting bestaan dat de betrokkene in staat is of zal zijn de betalingsverplichting te voldoen.¹⁸⁵ Die verwachting bestaat in ieder geval indien de betrokkene nog beschikt over het verkregen voordeel dan wel anderszins financieel welgesteld is.¹⁸⁶ Toereikend is ook, indien het vermogen van de betrokkene op het moment van de (onherroepelijke) oplegging van de ontnemingsmaatregel een gehele voldoening van de betalingsverplichting niet toelaat, dat de betrokkene zodanig goede financiële perspectieven heeft dat voldoening binnen een redelijke termijn¹⁸⁷ vrijwel zeker mogelijk is.

4.6.4.3 Het vaststellen van de toekomstige draagkracht

490. Indien de huidige draagkracht ontoereikend is, en er niet direct aanknopingspunten voorhanden zijn voor een bijzonder gunstige verwachting van de toekomstige draagkracht, moet men een inschatting trachten te maken van de financiële perspectieven van de betrokkene. Dit is nodig om te kunnen bepalen in hoeverre het opleggen van een ontnemingsmaatregel zinvol is.

Alvorens in te gaan op de wijze hoe de inschatting zou kunnen worden gemaakt, is het van belang vast te stellen wie dit moet doen. Naar mijn mening is het primair een taak voor het Openbaar Ministerie.¹⁸⁸ De wet stelt dit niet als vereiste,¹⁸⁹ maar het komt mij redelijk voor dat het Openbaar Ministerie een inschatting tracht te maken in hoeverre de verwachting bestaat dat de betrokkene

184 In vergelijkbare zin Keijser-Ringnald 1994, p. 106. Zij wijst erop dat het vertrouwen van de burger in de rechtsorde wordt geschaad indien een sanctie wordt opgelegd die niet ten uitvoer kan worden gelegd. Vgl. voorts Groenhuijsen 1996a, p. 1530, die spreekt van 'een reëel correctief effect'.

185 Ook Keulen 1999, p. 51, lijkt dit uitgangspunt te aanvaarden waar hij stelt: 'Het strafrecht stelt de samenleving in staat met de pleger van een strafbaar feit een rekening te vereffenen; het is er niet voor bedoeld de laatste met onbetaalbare rekeningen op te zadelen.'

186 Vgl. ook Groenhuijsen, Van der Neut & Simmelink 1997, p. 11. Zij hanteren als uitgangspunt dat er nog 'substantiële restwinst' voorhanden is.

187 Over de termijn waarbinnen die voldoening plaats zou moeten vinden, kom ik in nr. 497 te spreken.

188 In vergelijkbare zin Keijser-Ringnald 1997, p. 318, en Punt 1997b, p. 230. Zie voorts Nelen & Sabbe 1998, p. 175-176, en Nelen 2000, p. 104-105. Deze auteurs zijn overigens kritisch over de praktische haalbaarheid van een dergelijke verplichting, vooral indien het gaat om de ontwikkelingen in de draagkracht nadat het financiële onderzoek tegen de betrokkene is beëindigd.

189 Art. 311 lid 1 derde volzin Sv noch art. 511b lid 1 Sv stellen voorwaarden aan het al dan niet instellen van een ontnemingsvordering. Wel zou men kunnen verdedigen dat, gelet op de betekenis van het begrip vervolging in relatie tot het instellen van een ontnemingsvordering (zie nr. 169), art. 167 Sv een grondslag kan bieden voor het achterwege laten van een ontnemingsvordering.

aan zijn betalingsverplichting kan voldoen.¹⁹⁰ Indien de verwachting bestaat dat dit niet het geval is, behoort het instellen van een ontnemingsvordering achterwege te blijven.¹⁹¹ Het effect hiervan is dat de ontnemingsvorderingen wellicht in kwantiteit zullen afnemen, maar dat tegelijkertijd de kwaliteit toeneemt in die zin dat er minder snel aanleiding is om de ontnemingsmaatregel niet op te leggen of de betalingsverplichting te matigen.¹⁹²

Dit laat uiteraard onverlet dat in het geval het Openbaar Ministerie een ontnemingsvordering instelt, de rechter tot een andere inschatting van de draagkracht van de betrokkene kan komen. Daartoe is bijvoorbeeld aanleiding indien de rechter andere criteria aanlegt of over meer dan wel andere informatie komt te beschikken dan het Openbaar Ministerie.

491. Aangenomen dat het Openbaar Ministerie voldoende aanleiding heeft gezien om een ontnemingsvordering in te stellen, moet ook de rechter zich buigen over de financiële perspectieven van de betrokkene.¹⁹³ Het maken van een dergelijke inschatting is in de praktijk vaak een lastige kwestie. Een glazen bol behoort immers niet tot de gereedschapskist van de rechter. Bij deze inschatting dient de rechter zich naar mijn mening in ieder geval te baseren op de meest aannemelijke ontwikkeling van de draagkracht van de betrokkene. Dat betekent dat hij geen rekening hoeft te houden met de enkele mogelijkheid dat de betrokkene ooit de staatsloterij zal winnen of een grote erfenis krijgt.¹⁹⁴ Men moet uitgaan van reële verwachtingen gelet op de capaciteiten van de betrokkene en zijn leefomstandigheden. Van belang zijn onder andere het arbeidsverleden van de betrokkene en de daarmee samenhangende mogelijkheden om (legale) inkomsten te verdienen. Het

190 Dit komt ten dele tot uiting in de Aanwijzing ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, par. 1.1 onder het kopje 'Vervolging'. Hierin is voorgeschreven dat er geen ontnemingsvordering wordt ingesteld indien de betrokkene geen draagkracht heeft en naar redelijke verwachting ook in de toekomst niet zal hebben. Van een onderzoeksplicht naar de financiële situatie van de betrokkene wordt evenwel niet gerept. De Aanwijzing ontneming geeft voorts aan dat het enkele feit dat de betrokkene inkomsten op het niveau van het sociaal minimum heeft de huidige en toekomstige draagkracht niet doet ontbreken. Daarmee is nog niet duidelijk wanneer de draagkracht wel ontbreekt.

191 Het Openbaar Ministerie is daarbij uiteraard afhankelijk van informatieverstrekking door de betrokkene. Men moet er daarbij op alert zijn dat de betrokkene zich wel eens minder vermogend kan voordoen dan hij daadwerkelijk is.

192 Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat het Openbaar Ministerie onder omstandigheden een ontnemingsvordering achterwege laat, terwijl er wel wordt getracht een schikking (art. 511c Sv) met de betrokkene aan te gaan waarbij het te betalen bedrag substantieel lager ligt. Ook civiele crediteuren volgen regelmatig deze weg indien de debiteur niet tot volledige betaling in staat blijkt te zijn.

193 Afhankelijk van de mate waarin het Openbaar Ministerie de beslissing tot het instellen van een ontnemingsvordering heeft toegelicht, en gelet op het commentaar van de betrokkene op die toelichting, oordeelt de rechter de reeds gemaakte inschatting dan wel maakt hij alsnog een inschatting.

194 Engberts 1999, p. 274, lijkt er wel van uit te gaan dat de mogelijkheid van dergelijke inkomsten relevant is.

is bijvoorbeeld geen redelijke verwachting dat een ernstig verslaafde wetsovertreder zonder werkervaring of opleiding binnen enkele jaren een modaal inkomen zal genieten. Daarnaast is uiteraard van belang of de betrokkene nog lange tijd gedetineerd zal zijn tengevolge waarvan hij geen inkomsten kan verwerven.¹⁹⁵

4.6.4.4 Het ontbreken van draagkracht

492. Heeft de rechter een inschatting gemaakt van de toekomstige draagkracht, dan dient hij te bepalen welke consequenties hieraan moeten worden verbonden. Indien zowel de huidige als de toekomstige draagkracht ontbreekt, of slechts marginaal is, ligt het naar mijn mening voor de hand dat de rechter geen ontnemingsmaatregel oplegt.¹⁹⁶ Denkbaar is nog wel dat de betrokkene in het bezit is van een deel van het verkregen voordeel (hetgeen eventueel door het Openbaar Ministerie in beslag is genomen), terwijl het vooruitzicht is dat na de ontneming hiervan de betrokkene geen of nauwelijks inkomsten meer zal verwerven. In dat geval ligt het voor de hand wel een ontnemingsmaatregel op te leggen, maar de betalingsverplichting te matigen tot het bedrag van het nog voorhanden zijnde vermogen.¹⁹⁷

In deze – en overigens ook in de hierna nog te bespreken – gevallen rijst de vraag of het spenderen van het voordeel geen enkele consequentie heeft voor de betrokkene. Men zou immers kunnen stellen dat de betrokkene door het spenderen van het verkregen voordeel zich – geheel of ten dele – kan bevrijden van de ontnemingsmaatregel.¹⁹⁸ Deze tegenwerping behoeft echter nuancering. Ten eerste, het opleggen van een ontnemingsmaatregel of het niet-matigen van de betalingsverplichting enkel omdat de betrokkene het voordeel heeft gependend, leidt er uiteraard nog niet toe dat die ontnemingsmaatregel daarmee ook zinvol is. Het financiële toekomstperspectief wordt niet beter door de betrokkene wel met een

195 Vgl. Rb. Leeuwarden 22 juni 1999, JOW 2000, 10, waarin de rechtbank de betalingsverplichting tot nihil matigt, omdat de betrokkene is veroordeeld tot een langdurige gevangenisstraf en TBS met dwangverpleging.

196 Anders bijvoorbeeld Rb. Middelburg 23 oktober 1997, JOW 1998, 100. De rechtbank constateert dat de huidige en toekomstige draagkracht marginaal is, maar ziet daarin slechts reden voor een marginale matiging. Daarentegen wijst Rb. Middelburg 16 oktober 1997, JOW 1998, 73, de oplegging van een ontnemingsmaatregel af (door het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk te verklaren) omdat er een ontnemingsvordering is ingesteld tegen een vluchteling die geen (huidige) draagkracht heeft en die met uitzetting wordt bedreigd.

197 In deze zin Rb. Den Bosch 9 januari 1998, JOW 1999, 19.

198 Vgl. Punt 1997a, p. 131, die stelt dat matiging van de betalingsverplichting een zekere stimulans voor de betrokkene vormt om het voordeel uit te geven. Blijkens het onderzoek van Vrugink leeft deze gedachte ook wel onder degenen die een ontnemingsmaatregel opgelegd hebben gekregen. Zie Vrugink 2001, p. 97. In vergelijkbare zin voor het Duitse recht: Güntert 1983, p. 69, en Drathjer 1997, p. 222. Zie voorts Keulen 1999, p. 60-61, die constateert dat '(...) kale kippen niet geplukt kunnen worden, en zeker niet "vervangend" gehecht. (...) "Pluk de dag" moet derhalve het devies zijn van de veroordeelde.'

betalingsverplichting te confronteren.¹⁹⁹ Zou men dat wel doen, dan moet men ervoor waken dat die betalingsverplichting niet contra-productief gaat werken, in die zin dat die verplichting als prikkel werkt om opnieuw in oude gewoontes terug te vallen om de schuld te kunnen voldoen.²⁰⁰

493. Ten tweede, de wijze van spenderen kan wel degelijk leiden tot een stafrechtelijke reactie. In de literatuur wordt verdedigd dat de ernst van het feit mede bepaald wordt door de hoeveelheid voordeel die de dader verkrijgt.²⁰¹ Het stelen van tien gulden is minder ernstig dan het stelen van 100 gulden. Men kan deze lijn doortrekken en stellen dat niet alleen het verkrijgen van het voordeel maar ook de wijze waarop men met dat voordeel is omgegaan, de ernst van het feit inkleurt.²⁰² Het verkrijgen en het spenderen van wederrechtelijk voordeel kan er daardoor toe leiden dat de rechter tot een hogere strafmaat komt. Aanleiding hiervoor bestaat met name indien de betrokkene het voordeel heeft gespandeerd aan de aangename zaken van het leven en dit ertoe heeft geleid dat een ontnemingsmaatregel wegens een gebrek aan draagkracht achterwege blijft.²⁰³ Dit leidt ertoe dat het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel compensatie vindt in de strafmaat.

De mogelijkheid om de wijze van spenderen te betrekken als factor bij de straftoemeting, kent overigens wel enige praktische hindernissen. Ten eerste, voordeelsontneming is ook mogelijk voor feiten die niet in de hoofdzaak ten laste worden gelegd. Strafoplegging ter zake van deze feiten is niet mogelijk. Ten tweede, de ontnemingszaak wordt niet altijd gelijktijdig met de hoofdzaak behandeld. Bij een gescheiden behandeling is het voor de rechter in de hoofdzaak praktisch niet goed mogelijk om te anticiperen om de draagkrachtperikelen die in de ontnemingszaak aan de orde komen.²⁰⁴ Deze hindernissen zijn echter niet onoverkomelijk. Het Openbaar Ministerie kan bij de selectie van zaken zelf de keuze maken of een strafbare gedraging ten laste wordt gelegd of alleen onderdeel uitmaakt van een ontnemingsvordering. Voorts kan het Openbaar Ministerie in

199 Dit laat uiteraard onverlet dat men er bedacht moet zijn dat de betrokkene ook betalingsonmacht kan veinzen. In het onderzoek tegen de betrokkene is het zaak hier attent op te zijn.

200 Het is lastig in te schatten hoe groot die kans daadwerkelijk is. De empirische studie van Vrugink schept hierover ook geen duidelijkheid, met name omdat zijn onderzoek betrekking heeft op gedetineerde betrokkenen, waarbij – vanwege de detentie – weinig verhaalsactiviteiten plaats hebben gevonden. Vrugink maakt wel melding van gevallen waarin de betrokkene een lening is aangegaan om de betalingsverplichting te kunnen voldoen, waardoor de ene schuld tegen de andere is ingewisseld. Zie Vrugink 2001, p. 100.

201 J.C.M. Leijten 1987, p. 66, Groenhuijsen 1996b, p. 609, en Bleichrodt 2000, p. 145.

202 Zie Simmelink 1995, p. 196, Groenhuijsen 1996a, p. 1530, en Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242.

203 Simmelink 1995, p. 196, en Groenhuijsen 1996a, p. 1530.

204 Vgl. nr. 123.

principe de ontnemingszaak op hetzelfde moment als de hoofdzaak doen plaatsvinden.²⁰⁵

4.6.4.5 Geringe draagkracht

494. Er resteert tot slot een categorie gevallen waarin de betrokkene wel enige (huidige en toekomstige) draagkracht van betekenis heeft, maar die draagkracht niet toereikend is om binnen een redelijke termijn een betalingsverplichting ter hoogte van het verkregen voordeel te voldoen. Veelal gaat het om betrokkenen die een uitkering of een laag inkomen genieten, waarbij enige aflossing nog mogelijk is.²⁰⁶ Er wordt wel gesteld dat in dergelijke gevallen de oplegging van een ontnemingsmaatregel geboden is, terwijl er geen reden is voor een noemenswaardige matiging van de betalingsverplichting.²⁰⁷ Naar mijn mening behoeft deze categorie gevallen echter een genuanceerdere benadering.

Gelet op de eerder geformuleerde theoretische uitgangspunten zou de rechter naar mijn mening zich primair moeten laten leiden door de vraag die de Duitse rechtspraak in deze gevallen voorschrijft: welke consequenties heeft de oplegging van een ontnemingsmaatregel voor deze betrokkene, in het bijzonder gelet op zijn resocialisatie? De oplegging van een ontnemingsmaatregel heeft immers tot gevolg dat de betrokkene gedurende lange tijd aflossingen moet doen van zijn betrekkelijk lage inkomsten teneinde de betalingsverplichting (gedeeltelijk) te kunnen voldoen. Dat is onbetwistbaar van invloed op het leven van de betrokkene, en eventueel ook op het leven van zijn naasten.²⁰⁸ Daarbij gaat het regelmatig om betrokkenen die reeds andere schulden hebben, bijvoorbeeld aan uitkerende instanties tengevolge van het niet-melden van de illegale inkomsten.

495. In gevallen waarin de huidige en toekomstige draagkracht beperkt is, zijn er naar mijn mening twee benaderingswijzen verdedigbaar. Allereerst is het mogelijk dat er geen ontnemingsmaatregel wordt opgelegd, met name indien in de concrete omstandigheden van het geval het voldoen van een betalingsverplichting, ook in gematigde vorm, de resocialisatie van de betrokkene naar verwachting

205 Of het Openbaar Ministerie daartoe aanleiding ziet, is met name afhankelijk van het al dan niet afgerond zijn van het financiële onderzoek tegen de betrokkene. Verder wijs ik erop dat in het vorige hoofdstuk is gebleken dat het *nemo tenetur*-beginsel aanleiding kan geven tot een gescheiden behandeling. Zie nr. 402.

206 De ondergrens daarbij wordt gevormd door de beslagvrije voet. Zie art. 94c Sv jo. art. 720 jo. 475b, 475c, 475e, 475f Rv. Vgl. ook HR 23 januari 1996, NJ 1998, 627. Deze ligt *grosso modo* op 90% van de bijstandsuitkering.

207 Zie onder andere Rb. Rotterdam 30 juni 1997, JOW 1998, 69, Rb. Den Bosch 3 november 1997, JOW 1998, 75, Keijser-Ringnalda 1996, p. 17, Keijser-Ringnalda 1997, p. 318 (die eraan toevoegt dat de ontnemingsvordering dan niet te hoog moet zijn), en Aanwijzing ontneming, Stert. 1998, nr. 164, par. 1.1 onder het kopje 'Vervolging'.

208 Zie ook Vrugink 2001, p. 97.

ernstig zal belemmeren. De wijze van spenderen van het verkregen voordeel kan in dat geval eventueel worden verdisconteerd in de strafmaat. Deze optie is hiervoor reeds toegelicht.

Een andere benadering is echter ook voorstelbaar. De verplichting het voordeel dat men heeft verkregen, weer af te dragen, is een heel beeldende reactie op het begaan van een strafbaar feit. Het maakt de betrokkene op een concrete manier duidelijk dat zijn streven naar misdadig gewin ontoelaatbaar is en daarom tot een omgekeerde reactie (het afpakken van het gewin) moet leiden. Deze gedachtegang kan de rechter ertoe brengen ook in gevallen waarin de betrokkene een relatief geringe draagkracht heeft, een betalingsverplichting op te leggen.²⁰⁹ Daarbij moet dan wel in ogenschouw worden genomen dat de betrokkene op die wijze verplicht wordt gedurende langere tijd aflossingen te doen met de daarbij behorende consequenties. Deze factor zou naar mijn mening in ogenschouw moeten worden genomen bij de straftoemeting, en wel in een voor de betrokkene gunstige zin.²¹⁰ In aanvulling daarop kan de rechter eventueel overgaan tot matiging van de betalingsverplichting. Het gaat daarbij dan niet, zoals men soms wel in de lagere rechtspraak ziet,²¹¹ om een min of meer willekeurige matiging van de betalingsverplichting, maar om een zodanige matiging dat de betalingsverplichting in een redelijke verhouding staat met de aflossingscapaciteit en het bestaan van andere schulden.²¹²

Het voorgaande laat zien dat er verschillende reacties mogelijk zijn in het geval de betrokkene een geringe (huidige en toekomstige) draagkracht heeft.²¹³ Het is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval welke reactie het meest adequaat is. Evenals de straftoemeting behoort tot het domein waarin de praktische wijsheid van de rechter bepalend is en doorgaans tot bevredigende resultaten leidt, moet ook hier niet bij voorbaat één reactie als *de* adequate reactie worden aangemerkt. Als algemene richtlijn kan nog wel gelden dat, zo blijkt ook

209 Vgl. in dit verband Rb. Leeuwarden 20 november 1996, JOW 1997, 69. De kinderrechter overweegt in deze uitspraak dat het opleggen van een ontnemingsmaatregel (met een gematigde betalingsverplichting) zich in dit geval laat rijmen met het opvoedkundige karakter van het jeugdstrafrecht, omdat de betrokkene blijk heeft gegeven zichzelf doelbewust ten koste van anderen te willen verrijken. Zie echter ook Rb. Groningen 12 maart 1996, JOW 1996, 148 (dit vonnis is vernietigd door Hof Leeuwarden 17 januari 1997, JOW 1997, 106).

210 Op deze wijze wordt tevens recht gedaan aan de doelstelling die (oorspronkelijk) aan de Wet vermogenssancties, waarmee de ontnemingsmaatregel in het commune strafrecht is ingevoerd, ten grondslag heeft gelegen: het terugdringen van de korte vrijheidsstraf. Zie Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, nr. 3, p. 20, Keijser-Ringnalda 1994, p. 378, alsmede nr. 70 (noot 40) en 108.

211 Zie het voorbeeld besproken in nr. 474.

212 Vgl. in dit verband Rb. Utrecht 9 juli 1996, JOW 1998, 27, Rb. Den Bosch 23 december 1997, JOW 1998, 114, Rb. Leeuwarden 21 april 1998, JOW 1999, 24, en Rb. Den Bosch 18 mei 1998, JOW 1999, 31.

213 Ook hier moet worden geconstateerd dat de splitsing van de strafzaak in een hoofdzaak en een ontnemingszaak tot praktische problemen kan leiden. Ik heb deze in nr. 493 reeds genoemd.

uit empirisch onderzoek,²¹⁴ vrijheidsbeneming doorgaans als een zwaardere sanctie wordt ervaren dan een betalingsverplichting.

496. Bij de bestudering van de lagere rechtspraak valt het overigens op dat een geringe draagkracht van de betrokkene regelmatig gepaard gaat met omstandigheden die naar mijn mening op zichzelf genomen al tegen het opleggen van een ontnemingsmaatregel pleiten. Deze omstandigheden laten zich moeilijk in een abstract criterium vatten, maar een aantal voorbeelden kan verhelderend werken. Te denken valt aan: de drugsverslaafde die enkel verdovende middelen verkoopt ten behoeve van zijn eigen verslaving,²¹⁵ de drugsverslaafde die voordeel behaalt door de 'verkoop' van drugs in ruil voor seksuele diensten,²¹⁶ en de betrokkene die zijn voordeel tengevolge van een persoonlijkheidsstoornis dwangmatig heeft gependeld.²¹⁷ Eerder in dit hoofdstuk heb ik al gewezen op de situatie dat het ontnemen van het verkregen voordeel in wezen ertoe leidt dat de betrokkene retrospectief van zijn bestaansminimum wordt beroofd (zie nr. 445). In deze gevallen is het opleggen van een ontnemingsmaatregel mijns inziens niet opportuun en is er ook geen reden tot strafverhoging.

4.6.4.6 Overige aspecten

497. Twee aspecten van de hierboven onderscheiden afwegingsmomenten verdienen nog nadere aandacht. Het gaat allereerst om de termijn waarop de rechter zijn inschatting van de te verwachten draagkracht moet baseren. Daarnaast is de vraag in hoeverre draagkrachtperikelen ten opzichte van rechtspersonen relevant zijn, nog niet aan de orde geweest.

Het recht tot tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel vervalt na een termijn die éénderde langer is dan de verjaringstermijn van het recht tot strafvordering ter zake van het grondfeit (art. 76 lid 2 Sr). Gelet op de verjaringstermijn zoals bepaald in art. 70 Sr, kan de ontnemingsmaatregel veelal gedurende een ruime periode ten uitvoer worden gelegd. Voor de verkoop van drugs geldt bijvoorbeeld een periode van zestien jaar. De vraag rijst of de rechter zijn oordeel over de toekomstige draagkracht op deze termijn moet afstemmen. In de draagkrachtjurisprudentie lijkt hiervan uit te worden gegaan. De Hoge Raad neemt ten aanzien van de motivering van de verwerping van een draagkrachtverweer immers genoegen

214 Zie Smettan 1992, p. 190-191, en Vrugink 2001, p. 104-105.

215 Zie daarover nr. 299. Vgl. in dit verband ook Fokkens 1999, p. 19.

216 Vgl. Rb. Den Haag 5 augustus 1997, JOW 1998, 93.

217 Zie daarover nr. 474.

met onder andere een verwijzing naar de verjaringstermijn.²¹⁸ In de literatuur is de aansluiting bij de verjaringstermijn op kritiek gestuit, omdat deze te lang zou zijn.²¹⁹

Deze kwestie speelt vooral indien de rechter een ontnemingsmaatregel wil opleggen in het geval dat de betrokkene een geringe draagkracht heeft. Het lijkt mij, met name vanuit het oogpunt van resocialisatie, zeer wel verdedigbaar dat in die situatie niet per definitie de wettelijke verjaringstermijn, maar een kortere periode als uitgangspunt wordt gehanteerd bij de vaststelling van de betalingsverplichting.²²⁰ Te denken valt aan een periode van vijf à tien jaar.²²¹

498. De draagkrachtjurisprudentie heeft geen betrekking op ontnemingsmaatregelen die aan een rechtspersoon worden opgelegd. Dit kan men afleiden uit het feit dat de Hoge Raad het voorkomen van de executie van de vervangende hechtenis bij betalingsonmacht, vooropstelt. De vervangende hechtenis heeft uit de aard der zaak geen betrekking op rechtspersonen.²²² Daarmee is echter niet gezegd dat bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel aan een rechtspersoon draagkrachtperikelen geen enkele rol mogen spelen. Ook een rechtspersoon kan in zijn economische bestaan worden bedreigd, omdat een hoge schuldenlast zich kan vertalen in het faillissement en daarmee soms in het opheffen van de rechtspersoon. De insolventie van de rechtspersoon heeft met name consequenties voor de bij de rechtspersoon betrokken natuurlijke personen die voor hun bestaan weer (mede) afhankelijk zijn van het functioneren van deze rechtspersoon. Te denken valt met name aan de werknemers.²²³ De rechter is in principe gehouden om bij de beslissing of hij een ontnemingsmaatregel aan een rechtspersoon oplegt aandacht te besteden aan de uitwerking daarvan voor de rechtspersoon en de daaraan verbonden personen. Een complicatie die zich hier wel voordoet, is dat het bepaald niet eenvoudig is om te overzien welke consequenties het opleggen van een betalingsverplichting precies heeft voor de noodlijdende onderneming. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat een liquidatie van de rechtspersoon geschiedt in samenhang met een

218 Vgl. ook de conclusie van A-G Fokkens voor HR 12 mei 1998, JOW 1998, 58. Mede op grond van de draagkrachtjurisprudentie rekent hij in deze conclusie de in het betreffende geval opgelegde betalingsverplichting om naar een bedrag per maand gedurende de verjaringstermijn. Deze berekening hanteert hij als uitgangspunt bij de beoordeling van de beslissing in feitelijke instantie naar aanleiding van het draagkrachtverweer.

219 Zie de bronnen genoemd in noot 145.

220 Vgl. ook de noot van Schalken onder HR 16 april 1996, NJ 1998, 631.

221 Keulen 1999, p. 54, noemt als uitgangspunt de verdiencapaciteit gedurende vijf jaar. Gelet op de vrijheid die aan de rechter moet worden gegeven bij de afstemming van de ontnemingsmaatregel met de overig op te leggen sancties, is het mijns inziens onwenselijk om de duur van deze termijn bij voorbaat heel precies te bepalen.

222 Dit blijkt tevens uit de tekst van art. 24d lid 1 Sr ('Bij de uitspraak waarbij een *natuurlijk* persoon (...)').

223 Vgl. in dit verband Mok 1984, p. 139-140.

overname van de onderneming, waarbij de arbeidsplaatsen kunnen worden behouden.²²⁴ Het is onwaarschijnlijk dat de rechter in de ontnemingsprocedure een helder overzicht kan krijgen van de consequenties van het al dan niet opleggen van een ontnemingsmaatregel.

4.6.5 Ontwikkelingen in de draagkracht gedurende de executoriale fase

499. Bij het formuleren van de vuistregels heb ik een aantal maal gesteld dat eerst het Openbaar Ministerie en daarna de rechter de draagkracht van de betrokkene zo goed mogelijk moet inschatten. Het is uiteraard mogelijk dat die inschatting achteraf gezien niet juist blijkt te zijn.²²⁵ Dit is met name relevant indien de rechter de (huidige en toekomstige) draagkracht positief inschat, maar de financiële situatie van de betrokkene niettemin verslechtert of tegen de verwachting in niet verbetert.²²⁶ De vraag rijst dan of de oplegde betalingsverplichting zonder meer in stand moet blijven.

500. Betalingsproblemen kunnen er allereerst toe leiden dat het Openbaar Ministerie betaling in termijnen toestaat of uitstel van betaling verleent (art. 577b lid 1 jo 561 lid 3 Sv).²²⁷ Dit biedt echter alleen soelaas indien er sprake is van tijdelijke betalingsonmacht. Bij betalingsproblemen die structureel van aard zijn, kan de herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv uitkomst bieden.²²⁸ De minister heeft deze procedure immers aangemerkt als één van de mogelijkheden om de uitwerking van de ontnemingsmaatregel aan gebleken betalingsonmacht aan te passen (zie nr. 459).

Voor een eventuele herziening van de ontnemingsmaatregel is in ieder geval een *novum* vereist. Aangezien het gaat om een ontwikkeling in de vermogenssituatie van de betrokkene die afwijkt van de verwachting van de rechter in de ontnemingszaak, wordt naar mijn mening aan dit vereiste voldaan.²²⁹ In praktisch opzicht is wel van belang dat de uitspraak in de ontnemingsprocedure dusdanig is gemotiveerd

224 Zie in dit verband bijvoorbeeld Verstijlen 1998, p. 149-163.

225 Dit zal zich vooral voordoen indien de rechter tijdens de ontnemingsprocedure geen goed beeld van de financiële situatie van de betrokkene heeft kunnen krijgen doordat de betrokkene daaraan geen medewerking heeft willen verlenen, en om die reden ervan uit is gegaan dat de betrokkene tot betaling in staat moet worden geacht.

226 Voor alle duidelijkheid: in het omgekeerde geval is een herziening niet mogelijk. Vgl. art. 577b lid 2 Sv, op grond waarvan alleen een vermindering of een kwijtschelding van de betalingsverplichting mogelijk is.

227 Anders dan bij de geldboete (art. 24a Sr) heeft de ontnemingsrechter niet de bevoegdheid te bepalen dat de betrokkene in termijnen mag betalen. Zie daarover Keijser-Ringnalda 1994, p. 72, en De Doelder & Mul 1997, p. 242-243.

228 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 28 januari 1997, JOW 1998, 88, en Rb. Breda 16 mei 1997, JOW 1998, 62.

229 Vgl. ook Keulen 1999, p. 344-345.

dat het voor de rechter in de herzieningsprocedure mogelijk is de discrepantie tussen de verwachting en de werkelijkheid te kunnen constateren. De wet verplicht echter niet tot een dergelijke motivering.²³⁰ Het is derhalve van belang dat de rechter zelfstandig deze verantwoordelijkheid op zich neemt.

Ervan uitgaande dat de rechter de aanwezigheid van een *novum* constateert, rijst de vraag welke criteria er gelden voor het al dan niet herzien van de ontnemingsmaatregel. Deze worden niet door de wet of de wetsgeschiedenis geëxpliciteerd. Het komt mij voor dat de rechter in de herzieningsprocedure moet onderzoeken of op basis van de gewijzigde omstandigheden een andere ontnemingsmaatregel zou zijn opgelegd dan op grond van de oorspronkelijke omstandigheden. Het verslechteren of niet-verbeteren van de vermogenssituatie, terwijl dit niet de verwachting was, kan nopen tot het matigen dan wel geheel kwijtschelden van de betalingsverplichting.²³¹

501. Een legislatieve ontwikkeling die in dit verband aandacht behoeft, is de invoering van de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp; art. 284-361 Fw).²³² Deze wet, die op 1 december 1998 in werking is getreden, beoogt mensen met een uitzichtloze schuldenlast, terwijl zij geen minnelijke schikking met de schuldeiser hebben kunnen bewerkstelligen, van deze last te bevrijden. De bevrijding bestaat eruit dat de schuldenaar zich gedurende een bepaalde periode – tussen de één en vijf jaar – inspant om zoveel mogelijk af te lossen, dit onder toezicht van een bewindvoerder en een rechter-commissaris. Slaagt hij hierin, dan worden vervolgens de schulden omgezet in natuurlijke – niet rechtens afdwingbare – verbintenissen (art. 358 lid 1 Fw).²³³ De Wsnp tracht zo te voorkomen dat '(...) een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden.'²³⁴ Hiermee wordt erkend dat een schuldenlast van grote invloed kan zijn op het maatschappelijk

230 Zie over de in de ontnemingsprocedure geldende motiveringsvoorschriften Van der Landen & Simmelink 1997, p. 185-188, en Keulen 1999, p. 282-284.

231 In deze zin vermoedelijk ook Keulen 1999, p. 346. Een matiging moet in de regel eveneens leiden tot een vermindering van de vervangende hechtenis. Vgl. over deze evenredigheid nr. 525. Bij het kwijtschelden van de betalingsverplichting hoort daarnaast logischerwijs het kwijtschelden van de vervangende hechtenis.

232 Zie voor een beschrijving van deze wet Lankhorst 1998, en meer uitgebreid, Verschoof 1998 alsmede Polak-Wessels IX 1999. De totstandkoming van de Wsnp in de oratie van Huls (1998) op een zeer lezenswaardige wijze beschreven.

233 De omzetting van de schulden in natuurlijke verbintenissen in plaats van het kwijtschelden van die schulden wordt door Huls 1998, p. 16, aangeduid als '(...) een typerend staaltje van onze calvinistische burgerlijke rechtscultuur.' Calvinistisch of niet, het is in ieder geval (te) pragmatisch. De wetgever maakt een principiële keuze voor de mogelijkheid van sanering, maar tracht in de achterhoede nog enig recht te doen aan datgene waarop tegelijkertijd inbreuk is gemaakt, de (verhaals)belangen van de crediteuren.

234 Memorie van Toelichting, TK 1992-1993, 22 969, nr. 3, p. 6.

functioneren van de betrokkene, hetgeen reden is hem op een gegeven moment met een 'schone lei' verder te laten gaan.²³⁵

502. De vordering bestaande uit de betalingsverplichting die op grond van een ontnemingsmaatregel is ontstaan, valt in beginsel onder de reikwijdte van de Wsnp.²³⁶ Voor de toepassing van de schuldsanering is vereist dat er zich geen weigeringsgrond ex art. 288 lid 1 en 2 Fw voordoet. In relatie tot de ontnemingsmaatregel is vooral relevant de facultatieve grond tot afwijzing van een schuldsanering, inhoudende dat de schuldenaar niet te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van schulden (art. 288 lid 2 sub b Fw).²³⁷ Hieronder kunnen ook schulden worden begrepen die zijn ontstaan tengevolge van misdadig gedrag, waartoe dan ook de op grond van een ontnemingsmaatregel ontstane betalingsverplichting behoort.²³⁸ Doorslaggevend hoeft de aard van het ontstaan van die schuld echter niet altijd te zijn.²³⁹ De Hoge Raad heeft benadrukt dat alle omstandigheden van het geval in overweging moeten worden genomen en dat de toetsing zich niet alleen moet richten op het ontstaan van de schulden maar ook op de actuele omstandigheden waarin de schuldenaar verkeert en zijn (te verwachten) inspanningen in de schuldsaneringsfase.²⁴⁰ Een inventarisatie van de lagere rechtspraak laat zien dat naast het ontstaan van de schulden met name

235 Zie Handelingen TK 17 maart 1998, p. 4580. Huls 1998, p. 18, signaleert dat de eenzijdige benadering van de vergeldende (herstellende) rechtvaardigheid wordt verlaten. Vgl. ook Huls en Peters 1995, p. 54-55, die spreken van correcties van humanitaire aard.

236 Dit laat zich afleiden uit het feit dat deze niet is uitgesloten in art. 299-299a Fw. Vgl. Memorie van Toelichting, TK 1992-1993, 22 969, nr. 3, p. 14-15, Verschoof 1998, p. 69, en Polak-Wessels IX 1999, nr. 9120. Vgl. met betrekking tot de geldboete voorts Memorie van Toelichting, TK 1992-1993, 22 969, nr. 3, p. 15, en Pres. Rb. Den Haag 15 oktober 1999, KG 1999, 292. De vordering moet wel voor de datum van de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontstaan (art. 298 Fw). Zie over dat ontstaansmoment, maar dan in relatie tot verificatie in faillissement, Borgers 1999, p. 61-63.

237 Zie over deze grond nader Memorie van Toelichting, TK 1992-1993, 22 969, nr. 3, p. 19-20, 37-38, Verschoof 1998, p. 28-29, en Polak-Wessels IX 1998, nr. 9067.

238 Zie in dit verband met name de Aanbeveling d.d. 10 april 1998 van de ReCoFa (de werkgroep faillissementsrecht van de NVvR), waarin als (niet-bindende) richtlijn is geformuleerd dat 'schulden uit misdrijf, de ontnemingsvorderingen en bijstandsfraudes daaronder begrepen' gelden als niet te goeder trouw te zijn ontstaan. Dit ligt anders na een tijdsverloop van circa vijf jaar. Dit onderdeel van de Aanbeveling wordt geciteerd door Wessels 2000, p. 1783-1784.

239 Een situatie waarin het ontstaan wel steeds doorslaggevend lijkt te zijn, betreft het ontstaan van een schadevergoedingsvordering naar aanleiding van een zedendelict. Op de internetsite www.wsnp.rvr.org kan een databank worden geraadpleegd met lagere rechtspraak met betrekking tot de schuldsanering. Zie in dit verband de uitspraken met archiefnummer 1999-058, 1999-130, 2000-133 en 2000-148. De belangen van de benadeelde verzetten zich principieel tegen de sanering van een dergelijke schuld.

240 HR 12 mei 2000, NJ 2000, 567, m.nt. PvS. Zie ook de conclusie van A-G Strikwerda, die stelt dat art. 282 lid 2 sub b Fw een gedragsmaatstaf omvat die niet tot doel heeft '(...) om de moraliteit van een debiteur af te straffen, maar om te voorkomen dat de schuldsaneringsregeling wordt toegepast op een debiteur van wie, gezien zijn verleden, betwijfeld moet worden of hij in staat is bij de uitvoering van de schuldsaneringsregeling zijn verplichtingen behoorlijk na te komen.'

sociale en sociaal-psychische omstandigheden in aanmerking worden genomen alsmede de wil en de inspanningen om tot een sanering van de schulden te komen.²⁴¹

Het is derhalve mogelijk dat een betrokkene met een aanzienlijke schuldenlast, waaronder de betalingsverplichting op grond van art. 36e Sr, voor schuldsanering in aanmerking komt. In dat geval wordt op alle schulden gedurende een aantal jaar zoveel mogelijk afgelost, waarna de resterende schulden als natuurlijke verbintenissen blijven bestaan. De praktische consequentie daarvan is dat de ontnemingsmaatregel niet langer kan worden verhaald.²⁴²

503. Welke betekenis heeft de mogelijkheid van een schuldsanering voor de oplegging en de herziening van een ontnemingsmaatregel? Men zou wellicht in deze mogelijkheid een argument kunnen zien om de rol van de draagkracht bij de oplegging en de herziening van een ontnemingsmaatregel te beperken.²⁴³ Indien tijdens de executoriale periode blijkt dat de betrokkene ernstig wordt belemmerd door zijn schulden, is een sanering in beginsel immers mogelijk.²⁴⁴ Deze argumentatie sluit echter niet zonder meer aan bij de eerder geformuleerde uitgangspunten en de uitwerking daarvan in vuistregels. Voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel is naar mijn mening vereist dat er een redelijke verwachting bestaat dat deze maatregel ten uitvoer kan worden gelegd (zie nr. 489). Het zonder meer opleggen van een ontnemingsmaatregel met de overweging dat eventuele betalingsproblemen zich wel in een later stadium oplossen, is niet in overeenstemming met dit vereiste. De enkele mogelijkheid van een schuldsanering betekent niet per definitie dat er op het moment van oplegging een redelijke verwachting bestaat dat de ontnemingsmaatregel kan worden voldaan.

In de situatie dat de ontnemingsmaatregel – al dan niet met een gematigde betalingsverplichting – is opgelegd met de verwachting dat de betrokkene deze kan voldoen, maar die verwachting in de executoriale fase niet blijkt uit te komen,

241 Zie de jurisprudentie-analyse van Wessels 2000, p. 1782-1783. Zie voor voorbeelden waarin een schuldsanering is toegewezen, terwijl de schulden mede het gevolg zijn van strafbare gedragingen of uitkeringsfraude, de uitspraken met archiefnummer 1999-023, 1999-026, 1999-030, 1999-032, 1999-036, 1999-041 en 1999-112. Zie echter ook de uitspraken met archiefnummer 1999-047, 1999-059, 2000-120 en 2000-180.

242 De regeling van het verhaal van vermogenssancties in het Wetboek van Strafvordering voorziet overigens niet in deze bijzondere situatie. Er moet echter worden gehandeld als ware de vordering verjaard. Zie de uitspraak van Rb. Haarlem 7 maart 2000, opgenomen onder archiefnummer 2000-120. De consequentie hiervan moet mijns inziens ook zijn dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis (van art. 24d Sr) niet langer mogelijk is.

243 Vgl. in dit verband het voorstel van de Arnhemse rechter Engberts. In zijn visie zou de ontnemingsmaatregel moeten worden opgelegd zonder de betalingsverplichting te matigen op grond van ontoereikende draagkracht. Er zou daarbij een regeling moeten worden opgesteld, naar gelijkenis van de regeling van Sociale Diensten voor de terugvordering van ten onrechte ontvangen uitkeringen, voor matiging en kwijtschelding in de executoriale fase. Deze precieze betekenis van zijn voorstel laat zich overigens moeilijk vaststellen, omdat hij zich niet uitlaat over de criteria voor het al dan niet opleggen van een ontnemingsmaatregel. Zie Engberts 1999.

244 Mits de sanering in het concrete geval niet wordt geweigerd op grond van art. 288 lid 2 sub b Fw.

heeft de Wsnp wel betekenis. Indien er naast de betalingsverplichting nog andere schulden bestaan, is het mogelijk dat een schuldsanering plaatsvindt, waarvan de ontnemingsmaatregel deel uitmaakt. Na voldoening van alle verplichtingen die gedurende sanering gelden, wordt de betrokkene bevrijd van zijn schulden en daarmee ook van de betalingsverplichting op grond van art. 36e Sr.

Komt het niet tot een sanering, dan is het mogelijk dat de betrokkene een verzoek doet tot herziening van de opgelegde ontnemingsmaatregel in de zin van art. 577b lid 2 Sv. Alsdan moet opnieuw de afweging worden gemaakt in hoeverre er in het licht van de actuele omstandigheden aanleiding is om een ontnemingsmaatregel op te leggen (zie nr. 500). In deze afweging ligt ook het resocialisatiebelang besloten. Op dit onderdeel bestaat er een duidelijk raakvlak tussen de criteria voor oplegging van een ontnemingsmaatregel en de ratio van de Wsnp. De resocialisatie van de betrokkene kan worden belemmerd doordat hij de betalingsverplichting een ernstige belasting bij de opbouw van een enigszins geregeld bestaan blijkt te zijn. Dit klemmt des te meer indien de betrokkene wel zijn best doet om aan de betalingsverplichting te voldoen, maar daartoe niet of nauwelijks in staat blijkt te zijn. Een dergelijke situatie noopt tot kwijtschelding. Deze gedachtegang wijkt niet principieel af van de ratio van de Wsnp. Het gaat erom dat het maatschappelijk functioneren van de debiteur weer in het gareel komt door hem een 'schone lei' te geven.

4.6.6 Vergelijking met de draagkrachtjurisprudentie

504. Tot slot zet ik de hierboven uitgewerkte alternatieve benadering van de draagkrachtproblematiek af tegen de rechtspraak van de Hoge Raad door de belangrijkste verschillen tussen beide te noemen. Op grond hiervan kan tevens worden vastgesteld in hoeverre de eerder geopperde bezwaren tegen de draagkrachtjurisprudentie kunnen worden weggenomen.

Het eerste en meest principiële verschil betreft het uitgangspunt van de te nemen beslissing. De Hoge Raad gaat uit van het opleggen van een ontnemingsmaatregel, waarbij de betalingsverplichting in beginsel gelijk is aan de hoogte van het voordeel. In de alternatieve benadering is het vertrekpunt de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel. Deze oplegging is geen vanzelfsprekendheid maar vereist een redelijke verwachting dat de maatregel kan worden voldaan.

Het tweede verschil bestaat eruit dat de Hoge Raad reden voor matiging ziet bij het *ontbreken* van huidige en toekomstige draagkracht, zij het dat het niet heel duidelijk is onder welke omstandigheden zich dat voordoet. In de alternatieve benadering is dat ontbreken reden voor het niet-opleggen van een ontnemingsmaat-

regel.²⁴⁵ De matiging van de betalingsverplichting is met name relevant indien de huidige en toekomstige draagkracht in vergelijking met de hoogte van het verkregen voordeel en gelet op eventuele andere schulden *gering* is. In die situatie bestaat er immers nog de mogelijkheid dat de betrokkene de betalingsverplichting in enigerlei mate kan voldoen.

In de overwegingen van de Hoge Raad wordt niet gewezen op een eventuele relatie met de overig op te leggen sancties. Het derde verschil is dat in de alternatieve benadering wordt daar wel rekening mee gehouden, en wel op twee manieren. Ten eerste, het spenderen van het voordeel tengevolge waarvan de draagkracht ontbreekt of gering is en derhalve het opleggen van een ontnemingsmaatregel niet zinvol wordt geacht, kan een strafmaatverhogende omstandigheid zijn. Ten tweede, het opleggen van een betalingsverplichting in de situatie waarin de betrokkene een geringe draagkracht heeft, kan omgekeerd een matigende invloed hebben op de strafmaat. De rechter wordt zodoende in staat gesteld de ontnemingsmaatregel en de overig op te leggen sancties onderling af te stemmen op de concrete omstandigheden van het geval.

Het vierde verschil betreft de rol van het Openbaar Ministerie. De Hoge Raad brengt niet tot uitdrukking of er eisen moeten worden gesteld aan de beslissing tot het instellen van een ontnemingsvordering. De alternatieve benadering staat expliciet voor dat het Openbaar Ministerie eerst zelf op basis van de geformuleerde vuistregels overweegt of het instellen van een ontnemingsvordering in het concrete geval zinvol is. Dit vergt enig onderzoek naar de financiële omstandigheden van de betrokkene. Het te verwachten effect van deze nadruk op de door het Openbaar Ministerie te maken selectie is dat er relatief minder ontnemingsvorderingen worden ingesteld, waarbij echter minder frequent reden is voor het niet-opleggen van de ontnemingsmaatregel of het matigen van de betalingsverplichting.

505. De alternatieve benadering onderscheidt al met al meer beslissingsmomenten voor het Openbaar Ministerie en de rechter, en richt zich anders dan de rechtspraak van de Hoge Raad niet alleen op de matiging van de betalingsverplichting. Wel kunnen er, evenals met betrekking tot de draagkrachtjurisprudentie kan worden geconstateerd, discussies optreden over de vraag in welke gevallen de draagkracht ontbreekt dan wel gering is. Ook de wederzijdse beïnvloeding van de ontnemingsmaatregel en de overig opgelegde sancties is niet aan hele scherpe criteria onderhevig. Enerzijds is dit niet onproblematisch vanuit een oogpunt van eenduidige benadering van vergelijkbare gevallen, anderzijds wordt de rechter zodoende de ruimte geboden om recht te doen aan de concrete omstandigheden van het geval.

245 Het is in de jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals gezegd, niet uitgesloten dat de rechter tot nihil matigt, hetgeen *de facto* het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel is. De rechtspraak van de Hoge Raad dwingt daar echter niet toe. Zie nr. 469.

In een concreet geval kan de alternatieve benadering stuiten op beperkingen die in het wettelijk stelsel besloten liggen. Het gaat daarbij om de splitsing van hoofdzaak en ontnemingsprocedure en het ontbreken van een verplichting voor de rechter om in de uitspraak duidelijk aan te geven welke verwachting hij heeft van de ontwikkeling in de draagkracht. Het is echter niet zo dat deze belemmeringen zich structureel voordoen. De hoofdzaak en ontnemingsprocedure kunnen veelal gelijktijdig worden behandeld en het is de rechter geenszins verboden om een uitgebreide motivering te geven.²⁴⁶

506. Naast alle verschillen mag echter één belangrijke overeenkomst niet uit het oog worden verloren. De wetgever heeft het draagkrachtbeginsel op grond van principiële overwegingen niet van toepassing willen laten zijn op de ontnemingsmaatregel (zie nr. 459). De draagkrachtjurisprudentie heeft evenwel bewerkstelligd, en daarvan wijkt de alternatieve benadering niet af, dat de relevantie van de draagkracht van de betrokkene niet uit beeld is verdwenen. Het gaat weliswaar niet om een evenredigheidsmaatstaf tussen de betalingsverplichting en het vermogen van de betrokkene zoals die aan art. 24 Sr ten grondslag ligt,²⁴⁷ maar wel om de erkenning dat de ontnemingsmaatregel niet het financiële bestaan van de betrokkene – met alle daaraan verbonden sociale aspecten – op het spel mag zetten.²⁴⁸

4.7 *De rol van de draagkracht naar toekomstig recht*

507. De evaluatie van de ontnemingswetgeving door het WODC heeft geleid tot het voornemen van de minister een aantal aanpassingen in de ontnemingswetgeving aan te brengen.²⁴⁹ Dit heeft inmiddels geresulteerd in een concept-wetsvoorstel, dat begin 2000 ter advisering is rondgestuurd.²⁵⁰ De minister doet hierin onder andere voorstellen die een koerswijziging moeten aanbrengen in de draagkrachtjurisprudentie. Deze voorstellen hebben, anders dan de hiervoor uiteengezette alternatieve benadering, geen betrekking op een ander gebruik van de reeds bestaande mogelijkheden (art. 9a Sr, art. 36e leden 1, 3 en 4 Sr alsmede art. 511e lid 1 sub a Sv), maar bestaan uit wijzigingen van de wet. Ik bespreek hieronder

246 Het is verder wenselijk de wet zodanig aan te passen dat de ontnemingszaak (in principe) niet van de hoofdzaak gescheiden wordt behandeld. Zie voor een daartoe strekkend voorstel nr. 577.

247 Zie ook Keulen 1999, p. 53.

248 Vgl. over deze ondergrens van het draagkrachtbeginsel ook Mok 1984, p. 139.

249 Zie voor deze evaluatie Nelen, Kouwenberg & Aidala 1994, Nelen & Sabee 1996, en Nelen & Sabee 1998. Het eindrapport is door de minister met de Tweede Kamer besproken. Zie voor de verslagen daarvan TK 1998-1999, 26 268, nr. 1 en nr. 2, TK 1999-2000, 26 268, nr. 3 en nr. 4. Eén van de WODC-onderzoekers heeft ook deze besprekingen geanalyseerd. Zie Nelen 2000, p. 160-170. Hij concludeert dat in het debat met de Tweede Kamer verschillende principiële onderdelen van de wetsevaluatie onderbelicht zijn gebleven.

250 Zie voor een bespreking van dit concept-wetsvoorstel ook Borgers 2000.

de voorstellen en de motivering daarvan en zet deze vervolgens af tegen de eerder geformuleerde uitgangspunten en vuistregels.

508. De minister concludeert op grond van de overwegingen van de Hoge Raad in de draagkrachtjurisprudentie dat de wettelijke regeling de rechter onvoldoende in staat stelt om in de executoriale fase, '(...) wanneer de draagkracht er echt iets toe doet (...)', de opgelegde maatregel te kunnen corrigeren.²⁵¹ Dit leidt naar zijn mening tot een tegenstrijdige situatie:

De rechter dient zich dus volgens de huidige rechtspraak *voorafgaande* aan de executiefase al een beeld van de draagkracht te vormen en anticiperend te oordelen op de financiële positie van de veroordeelde *achteraf*.²⁵²

De minister wil daarom het zwaartepunt verleggen naar de executoriale fase. Daartoe stelt hij drie wijzigingen voor.

Ten eerste, voor de mogelijkheid tot herziening van de ontnemingsmaatregel in een procedure van art. 577b lid 2 Sv wordt het vereiste van een *novum* geschrapt. Het beoogde gevolg hiervan is dat de rechter meer controlemogelijkheden heeft in de fase van tenuitvoerlegging. Ten tweede, de vervangende hechtenis wordt ingewisseld voor de mogelijkheid van gijzeling.²⁵³ De betrokkene kan in de nieuwe regeling alleen van zijn vrijheid worden beroofd, indien in de executoriale fase door de rechter wordt vastgesteld dat de betrokkene wel kan, maar niet wil betalen. De rechterlijke controle wordt gewaarborgd doordat de gijzeling alleen met een afzonderlijk verlot van de rechter mag worden toegepast. Gelet op deze waarborg, zo stelt de minister, hoeft de rechter in de ontnemingszaak niet te anticiperen op het gevaar van vrijheidsbeneming bij betalingsonmacht.²⁵⁴ De duur van de gijzeling bedraagt maximaal drie jaar. Anders dan een (volledig ondergane) vervangende hechtenis heft gijzeling de betalingsverplichting niet op. Ten derde, art. 36e lid 4 Sr wordt aangevuld met de volgende volzin:

Op verzoek van de verdachte of de veroordeelde kan de rechter, indien de huidige en de redelijkerwijs te verwachten toekomstige draagkracht van de verdachte of de veroordeelde niet toereikend zullen zijn om het te betalen bedrag te voldoen, bij de vaststelling van het te betalen bedrag daarmee rekening houden.

251 Concept-Memorie van Toelichting, p. 31.

252 Concept-Memorie van Toelichting, p. 32 (originele cursivering).

253 Tengevolge daarvan heeft de herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv alleen nog betrekking op matiging en kwijtschelding van de betalingsverplichting.

254 Concept-Memorie van Toelichting, p. 26-27.

Legt men deze bepaling naast de in nr. 466 geciteerde overweging, dan valt het op dat de minister de door de Hoge Raad geformuleerde matigingsplicht heeft omgezet in een bevoegdheid. De rechter behoort hiervan, zo stelt de minister, uitsluitend gebruik te maken '(...) in die gevallen waarin vooraf al vaststaat dat de betrokkene een eventueel op te leggen bedrag in de toekomst niet zal kunnen betalen (...)'.²⁵⁵ Vanuit oogpunt van proceseconomie is de oplegging van een ontnemingsmaatregel onwenselijk, omdat in een dergelijke situatie vaststaat dat de rechter deze later toch weer zou moeten kwijtschelden.

Naast deze wijzigingen in de wet stelt de minister in zijn toelichting met nadruk dat het aan de betrokkene is om aan te tonen dat zijn draagkracht ontbreekt. De 'uitdrukkelijke bedoeling' daarvan is dat het Openbaar Ministerie wordt vrijgesteld van het bewijs dat de betrokkene wel kan betalen. Op die manier bespaart men '(...) de kosten en de moeite (...) van verder onderzoek naar de financiële positie van de veroordeelde'.²⁵⁶ De minister wil dat de lijn van de draagkrachtjurisprudentie wordt bestendigd dat de betrokkene zich op een ontoereikende draagkracht moet beroepen en het Openbaar Ministerie en de rechter niet ambtshalve hieraan aandacht hoeven te besteden (zie nr. 469).

509. De voorstellen van de minister zijn, zoals hij zelf ook aangeeft, sterk geïnspireerd door datgene wat de Hoge Raad als knelpunt ervaart: het gebrek aan rechterlijke controle in de executoriale fase. De eerste en de tweede wijziging voorzien in de versterking daarvan, terwijl de derde wijziging een uit oogpunt van proceseconomie gewenste ontsnappingsclausule biedt. Deze verwevenheid met de motivering van de Hoge Raad in de draagkrachtjurisprudentie brengt met zich mee dat de voorstellen zijn geformuleerd vanuit een beperkt blikveld. De behoefte om bij een betalingsonmachtige betrokkene in te kunnen grijpen, is – zo luidt althans mijn veronderstelling – tevens een reactie op de tien-zaken-norm en de daaruit voortgevloeide zaken waarin een ontnemingsvordering is ingesteld, terwijl de betrokkene nauwelijks voordeel heeft behaald en/of in weinig benijdenswaardige omstandigheden verkeerde. Aan deze aanleiding voor de rechtspraak over de rol van de draagkracht gaat de minister voorbij. Daarentegen kiest hij voor de weg van de minste weerstand en verschuift hij de problemen grotendeels naar de executoriale fase. Dat lost de problemen echter niet wezenlijk op.

Dit bezwaar wrekt zich naar mijn mening met name bij de derde wijziging. De minister wil aan de rechter een *discretionaire* bevoegdheid toekennen om bij de vaststelling van de betalingsverplichting rekening te houden met het feit dat

255 Concept-Memorie van Toelichting, p. 32.

256 Concept-Memorie van Toelichting, p. 32. Zie ook p. 33.

de betrokkene eenvoudig niet in staat is om aan die verplichting te voldoen.²⁵⁷ Hoe de rechter daar rekening mee moet houden, is niet heel duidelijk, maar het lijkt de minister om een matigingsbevoegdheid te gaan. Zoals hiervoor is betoogd, is in een dergelijk geval een meer adequate reactie dat de rechter beslist dat de oplegging van ontnemingsmaatregel geen enkel redelijk doel dient en derhalve die maatregel niet oplegt. Aan een betalingsverplichting komt men dan niet toe. Indien de minister hier wel het oog zou hebben op de beslissing om al dan geen ontnemingsmaatregel op te leggen, doet hij er verstandig aan dat te expliciteren in zijn voorstel.

Daarnaast besteedt de minister geen aandacht aan de plicht van het Openbaar Ministerie om het instellen van een ontnemingsvordering zorgvuldig te overwegen. Dat wekt enige verbazing, omdat de proceseconomie uitdrukkelijk als argument wordt genoemd in de toelichting. Er is naar mijn mening pas sprake van een zinvolle en proceseconomische benadering indien er geen ontnemingsvordering wordt ingesteld indien bij voorbaat vaststaat dat de betrokkene geen verhaal biedt en zal bieden. Het maken van een inschatting van de draagkracht van de betrokkene door het Openbaar Ministerie werpt in dat opzicht zijn vruchten af.

510. Het eerste voorstel, het schrappen van het *novum*-criterium van art. 577b lid 4 Sv, kan op zich positief worden gewaardeerd, mits men daarin geen uitnodiging ziet om de betekenis van de draagkrachtproblematiek voor de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel te relativeren. De minister denkt over dit laatste echter anders, al laat hij zich niet expliciet uit over de beslissing tot oplegging in de zin van art. 511e lid 1 sub a Sv. Het schrappen van het *novum*-criterium brengt in ieder geval met zich mee dat er in de herzieningsprocedure geen discussie hoeft te ontstaan over de vraag of de actuele stand van zaken inderdaad afwijkt van de verwachting van de ontwikkeling in de draagkracht die de rechter in de ontnemingszaak voor ogen stond. Gelet op het ontbreken van een motiveringsverplichting daartoe is dit voorstel van de minister een verbetering van het huidige recht. Tegelijkertijd laat dit wel een alternatief zien voor het voorstel van de minister, te weten: het invoeren van een motiveringsverplichting ter zake van de verwachting met betrekking tot de ontwikkeling in de draagkracht.²⁵⁸

Op grond van welke criteria de rechter vervolgens zijn beslissing moet nemen in de herzieningsprocedure, laat de minister onvermeld. Dit is een gemiste kans. De mogelijkheid tot herziening van een ontnemingsmaatregel veronderstelt immers een normatief kader aan de hand waarvan wordt beslist of, en zo ja: op welke wijze, de herziening plaatsvindt (zie ook nr. 500). Op dit onderdeel zou de minister in

257 De vraag rijst overigens wat de waarde van de voorgestelde uitbreiding is, nu de rechter reeds op grond van art. 36e lid 4 Sr een algemene discretionaire matigingsbevoegdheid heeft.

258 Zie ook nr. 577.

overweging kunnen nemen om in art. 577b lid 2 Sv te expliciteren dat kwijtschelding van de ontnemingsmaatregel geschiedt indien na een bepaalde, niet al te lange termijn de betrokkene niet in staat blijkt te zijn enige (substantiële) aflossingen te doen, terwijl de schuldenlast de betrokkene ernstig belemmert in zijn functioneren.

Tegen het voorstel van de minister zou men nog kunnen inbrengen dat het schrappen van het *novum*-criterium de betrokkene de gelegenheid geeft telkens maar om herziening te blijven verzoeken. Naar mijn mening is dit een terecht, maar geen onoverkomelijk bezwaar. Zo is het bijvoorbeeld ook mogelijk om een verzoek tot gratie herhaaldelijk in te dienen.²⁵⁹ In die gevallen is een vereenvoudigde afdoening veelal wel mogelijk (art. 3 lid 4 Gratiwet). Iets dergelijks is denkbaar voor de herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv. Indien een betrokkene telkens een herzieningsverzoek doet zonder daarbij wezenlijk andere stellingen naar voren te brengen, kan dit verzoek met een summiere motivering worden afgewezen.²⁶⁰

511. Het voorstel tot het vervangen van de vervangende hechtenis door de mogelijkheid van gijzeling bespreek ik in het volgende hoofdstuk. Op deze plaats merk ik enkel op dat door die wijziging het (eigenlijke) karakter van de vervangende hechtenis beter tot uitdrukking komt in de wet en dit instrument met betere waarborgen wordt omkleed. Dat onderdeel van het concept-wetsvoorstel verdient navolging.

5 Varia

5.1 Overschrijding van de redelijke termijn

512. Naast de hiervoor behandelde matigingsgronden kunnen nog een aantal andere, in de praktijk minder vaak voorkomende matigingsgronden worden genoemd. De eerste is de matiging wegens overschrijding van de redelijke termijn ex art. 6 lid 1 EVRM. Met betrekking tot 'gewone' strafzaken is het vaste jurisprudentie dat de overschrijding van de redelijke termijn niet altijd tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie hoeft te leiden, maar dat het onredelijk lang wachten zich

259 Zie art. 3 lid 4, en 20 Gratiwet, alsmede Van Dorst & Van Kalmthout, in: Jonkers e.a. (losbl.), p. XIV/3, 74-80 (suppl. 43).

260 In een dergelijke verwerping ligt overigens weer impliciet besloten dat er geen *novum* is aangevoerd. Daarmee is men echter niet terug bij af, omdat het schrappen van het *novum*-criterium wel betekenis heeft voor de situatie waarin de rechter in de hoofdzaak zijn verwachting met betrekking tot de draagkracht niet (duidelijk) heeft geëxpliciteerd. Zie het begin van dit tekstnummer.

veelal ook kan vertalen in een vermindering van de strafmaat of de enkele constatering van de overschrijding.²⁶¹

Voor de ontnemingsmaatregel geldt geen wezenlijk ander regime. Bij een zeer ernstige overschrijding van de redelijke termijn in de ontnemingszaak moet het belang van de betrokkene bij het vervallen van het recht tot (verdere) vervolging prevaleren boven het belang van de gemeenschap bij normhandhaving door berechting.²⁶² In dat geval moet het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk worden verklaard.²⁶³ In andere gevallen kan doorgaans worden volstaan met het vermindere van de betalingsverplichting.²⁶⁴

De Hoge Raad acht het mogelijk dat ingeval zowel de hoofdzaak als de ontnemingszaak onredelijke vertraging oplopen, het verdisconteren van die vertraging in de hoofdzaak (bijvoorbeeld door strafvermindering) tevens genoegdoening geeft voor de vertraging in de ontnemingszaak.²⁶⁵ Ook het omgekeerde wordt mogelijk geacht: het matigen van de ontnemingsmaatregel wegens vertraging leidt ertoe dat in de hoofdzaak met de enkele vaststelling van de overschrijding van de redelijke termijn kan worden volstaan.²⁶⁶ Deze 'kruisbestuiving' komt mijns inziens met name in aanmerking indien de hoofdzaak en de ontnemingszaak (zo goed als) parallel lopen. In die situatie kan immers niet worden

261 Deze jurisprudentiële lijn is ingezet met HR 7 april 1987, NJ 1987, 587, m.nt. ThWvV. Zie voorts HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721, m.nt. JdH, waarin de Hoge Raad in een uitvoerige beschouwing naar aanleiding van het middel een overzicht geeft van zijn eerdere rechtspraak. Hieruit blijkt dat de rechter mag volstaan met de enkele constatering van de overschrijding in die gevallen waarin de matiging van de strafmaat naar aanleiding van een overschrijding van de inzendingstermijn in cassatie minder dan een halve week omvat. Zie ook HR 24 oktober 2000, nr. 00830/99 J (JOL 2000, 517). Daarnaast gaat het om specifieke gevallen, bijvoorbeeld de overschrijding van de redelijke termijn indien alleen een TBS met dwangverplichting is bevolen (HR 4 juli 2000, NJ 2000, 558). Zie ook de hierna nog te bespreken arresten HR 7 maart 2000, NJB 2000, p. 858-859, nr. 57, HR 5 december 2000, NJ 2001, 100, en HR 9 januari 2001, NJB 2001, p. 272-273, nr. 25.

262 Hof Leeuwarden 16 december 1999, JOW 2000, 7, HR 23 februari 1999, NJ 1999, 345, en HR 23 november 1999, NJ 2000, 91, JOW 2000, 2.

263 Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 19 mei 1998, JOW 1999, 30, en Hof Den Haag 21 mei 1999, JOW 1999, 58. Zie ook HR 9 januari 2001, NJB 2001, p. 272-273, nr. 25.

264 Zie Memorie van Antwoord, p. 14, Rb. Leeuwarden 28 augustus 1997, JOW 1998, 17, Groos 1998, p. 55-56, Hof Amsterdam 8 september 1999, JOW 2000, 22, HR 23 november 1999, NJ 2000, 91, JOW 2000, 2, HR 11 april 2000, NJ 2000, 590, m.nt. JdH, en, uitgebreid gemotiveerd, HR 9 januari 2001, NJB 2001, p. 272-273, nr. 25. Vgl. ook Rb. Leeuwarden 6 november 1997, JOW 1998, 13. Compensatie door vermindering van alleen de vervangende hechtenis, zoals het Hof Arnhem 21 juni 1996, JOW 1996, 187, doet, is mijns inziens geen reële compensatie. De vervangende hechtenis is alleen relevant voor de situatie dat de betrokkene in de executoriale fase betalingsonwil vertoont. De Hullu wijst in zijn noot onder HR 11 april 2000, NJ 2000, 590, op de mogelijkheid om de compensatie te doen plaatsvinden met een afzonderlijke schadevergoeding, in plaats van de matiging. Dit zou volgens hem mede ten voordele van de benadeelde strekken. Onvermeld blijft hoe dit laatste wordt bewerkstelligd, maar waarschijnlijk beschouwt hij die vordering als beslagobject voor de benadeelde.

265 HR 7 maart 2000, NJB 2000, p. 858-859, nr. 57, HR 5 december 2000, NJ 2001, 100, en HR 9 januari 2001, NJB 2001, p. 272-273, nr. 25.

266 HR 23 november 1999, NJ 2000, 92, in samenhang met HR 23 november 1999, NJ 2000, 91, JOW 2000, 2.

gezegd dat de kwelling tengevolge van de vertraging in beide procedures cumuleert. Een compensatie tengevolge van die kwelling in één procedure is dan afdoende. Met betrekking tot de andere procedure volstaat de enkele erkenning van de termijnoverschrijding.²⁶⁷

513. De afweging van het belang van de betrokkene bij het vervallen van het recht tot (verdere) vervolging en het belang van de gemeenschap bij normhandhaving door berechting in een ontnemingsprocedure valt naar mijn mening niet wezenlijk anders uit dan in een 'gewone' strafzaak. In beide procedures geldt dat één van de relevante factoren bij het vaststellen van een schending van art. 6 lid 1 EVRM en het daarbij passende rechtsgevolg wordt gevormd door het belang dat voor de betrokkene op het spel staat. Het gaat daarbij onder meer om de sanctie(s) waarmee hij zich geconfronteerd kan zien. In *abstracto* geldt er derhalve in de ontnemingsprocedure geen heel ander criterium.²⁶⁸ Anders dan in de literatuur wel naar voren wordt gebracht,²⁶⁹ leidt het gegeven dat het om een rechtsherstellende maatregel (en niet om een straf) gaat, niet tot een principiële andere afweging. Het onderscheid tussen straf en maatregel is daarvoor te relatief, terwijl de dreiging die kan uitgaan van een ontnemingsmaatregel niet bij voorbaat moet worden gebagatelliseerd gelet op het ontbreken van een maximum voor de hoogte van de betalingsverplichting en de mogelijkheid van een langdurig verhaalstraject (met de mogelijkheid van een vervangende hechtenis).²⁷⁰ Wel kunnen er gradaties worden aangebracht in de verschillende sancties die in een concreet geval kunnen worden opgelegd. Het opleggen van een ontnemingsmaatregel kan uiteraard niet zonder meer gelijk worden gesteld met een langdurige vrijheidsstraf.²⁷¹

5.2 De vordering van het Openbaar Ministerie als plafond?

514. Een andere matigingsgrond die in de lagere jurisprudentie een aantal maal is aanvaard, betreft het aanhouden van het bedrag van de vordering van het Openbaar Ministerie als maximum-bedrag van de betalingsverplichting.²⁷² De

267 Enigszins anders Doorenbos 2000b, p. 1541.

268 Zie ook Groos 1998, p. 49-50, 52, en impliciet HR 9 januari 2001, NJB 2001, p. 272-273, nr. 25.

269 Groos 1998, p. p. 51, 56, en De Hullu in zijn noot onder HR 11 april 2000, NJ 2000, 590.

270 Vgl. in dit verband Vrugink 2001, onder andere op p. 110-112. Uit zijn empirische onderzoek blijkt dat de ontnemingsmaatregel door de betrokkenen niet wezenlijk anders wordt ervaren dan een straf. De oorzaak hiervoor is vooral gelegen in de onzekerheid die bestaat over de wijze waarop deze maatregel ten uitvoer zal worden gelegd.

271 Vgl. ook Groos 1998, p. 52-53.

272 Zie Rb. Groningen 18 november 1993, JOW 1996, 93, Rb. Den Haag 16 december 1994, JOW 1996, 85, Rb. Amsterdam 21 februari 1996, JOW 1996, 184, JOW 1997, 90, Rb. Breda 14 oktober 1996, JOW 1997, 77, en Rb. Leeuwarden 18 september 1997, JOW 1998, 72. Rb. Leeuwarden 22 februari 1996, JOW 1996, 147, houdt het bedrag dat in een proces-verbaal van de politie over het verkregen voordeel staat, als maximum aan.

grondslag voor deze matigingsgrond wordt echter niet duidelijk gemaakt.²⁷³ Naar mijn mening ontbreekt die grondslag in de wet en het wettelijk systeem.²⁷⁴ Anders dan in het civiele recht is niet voorgeschreven dat de rechter gebonden is aan de hoogte van de vordering van de eisende partij.²⁷⁵ De ontnemingsrechter is zowel bij de vaststelling van de omvang van het voordeel als de hoogte van de betalingsverplichting niet gebonden aan de vordering van het Openbaar Ministerie. Wel mag men van de rechter verwachten dat hij motiveert waarom hij boven de vordering van het Openbaar Ministerie uitgaat.²⁷⁶

De rechter dient er overigens wel op te letten dat de feitelijke gegevens (bewijsmiddelen) op grond waarvan hij tot een hogere vaststelling van het verkregen voordeel en (daarmee) een hogere betalingsverplichting komt, voor de betrokkene voldoende kenbaar zijn geweest. Is dat niet het geval, dan wordt in beginsel het verdedigingsbelang geschaad. Dit betreft echter een bewijskwestie, en geen matigingsgrond.

5.3 *Het ontbreken van georganiseerde criminaliteit*

515. In de wetsgeschiedenis van de ontnemingswetgeving wordt de noodzaak van de voorgestelde wijzigingen een aantal maal verdedigd door te wijzen op het belang om slagvaardig te kunnen optreden tegen de georganiseerde criminaliteit.²⁷⁷ Een enkele rechter heeft hierin aanleiding gezien om in gevallen waarin *geen* sprake was van georganiseerde criminaliteit de betalingsverplichting te matigen²⁷⁸ of de gevorderde ontnemingsmaatregel geheel af te wijzen.²⁷⁹ In een arrest van 9 januari 1996 overweegt de Hoge Raad:

Dat het Hof in de omstandigheid dat in het onderhavige geval geen sprake is van georganiseerde criminaliteit of crimineel ondernemerschap aanleiding heeft gezien om het te betalen bedrag lager vast te stellen, (...) geeft geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent de in art. 36e Sr neergelegde maatregel. Evenmin

273 Reijntjes meent dat er 'misschien' iets te zeggen is voor een dergelijke gebondenheid aan de eis van het Openbaar Ministerie gelet op het ontbreken van een wettelijk maximum. Zie zijn noot onder HR 14 september 1999, NJ 2000, 55. Zie echter ook Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 485.

274 In die zin ook Van der Landen & Simmelink 1997, p. 184, A-G Jörg in zijn conclusie voor HR 22 september 1999, nr. 108.138 P (niet gepubliceerd) en Keulen 1999, p. 282.

275 Zie art. 382 sub 2 en 3 Rv, en voorts H.J. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, nr. 48.

276 Zie Van der Landen & Simmelink 1997, p. 188.

277 Zie Memorie van Toelichting, p. 4, Memorie van Antwoord, p. 1, 36, Eindverslag, p. 2, Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 4, Handelingen TK 3 juni 1992, p. 5144, Memorie van Antwoord I, p. 6, 9, en Handelingen EK 8 december 1992, p. 351. Daarover ook nr. 108.

278 Hof Den Bosch 20 oktober 1994, te kennen uit HR 9 januari 1996, NJ 1996, 305, JOW 1996, 145, en Hof Den Bosch 18 november 1997, JOW 1998, 116.

279 Rb. Leeuwarden 27 juli 1995, te kennen uit Hof Leeuwarden 1 november 1995, JOW 1996, 14, Rb. Leeuwarden 10 augustus 1995, te kennen uit Hof Leeuwarden 19 februari 1996, JOW 1996, 119, en Rb. Groningen 12 maart 1996, JOW 1996, 148.

geeft het blijk van een onjuiste rechtsopvatting noch is het onbegrijpelijk dat de vaststelling van genoemde omstandigheid niet heeft geleid tot volledige afwijzing van de vordering ter ontneming van het voordeel.²⁸⁰

Een matiging vanwege de afwezigheid van georganiseerde criminaliteit staat de Hoge Raad derhalve toe. Het is echter niet noodzakelijk om de oplegging van de ontneming in een dergelijk geval achterwege te laten.

In nr. 108 is aan de orde gekomen dat de ontnemingswetgeving zich niet uitsluitend richt op de afwending van specifieke gevaren die uitgaan van de bepaalde vormen van criminaliteit. Het fundament van de ontnemingsmaatregel moet veeleer worden gezocht in de besliste *onwenselijkheid* van het voorhanden zijn van uit strafbare feiten verkregen vermogen. Vanuit dit perspectief is, anders dan de Hoge Raad aanneemt, een matiging enkel omdat er geen sprake is van georganiseerde criminaliteit, bepaald geen vanzelfsprekendheid.²⁸¹ Het opleggen van een ontnemingsmaatregel kan ook bij betrekkelijk eenvoudige strafbare feiten waarbij een relatief gering voordeel is behaald, een zinvolle strafrechtelijke reactie zijn, mits uiteraard het totale aan de betrokkene opgelegde sanctiepakket evenwichtig is.²⁸²

6 Inventarisatie en afbakening van de matigingsbevoegdheid en de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel

516. In dit hoofdstuk zijn verschillende gronden voor matiging van de betalingsverplichting besproken. Met betrekking tot de vordering van benadeelde derden en de afroomboete blijkt matiging van de betalingsverplichting een adequaat middel te zijn om te voorkomen dat het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel in het gedrang komt. De samenloop van een schadevergoedingsvordering en een ontnemingsvordering mag er niet toe leiden dat aan de betrokkene meer voordeel wordt ontnomen dan hij heeft verkregen. Voor wat betreft de afroomboete kent de matiging eenzelfde noodzaak.

Bij de overschrijding van de redelijke termijn speelt de matiging een andere rol. Het gaat dan niet meer om matiging teneinde aan het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel recht te doen. Aan de betrokkene wordt

280 HR 9 januari 1996, NJ 1996, 305, JOW 1996, 145.

281 Zo ook Hof Leeuwarden 1 november 1995, JOW 1996, 14, Hof Leeuwarden 19 februari 1996, JOW 1996, 119, Rb. Alkmaar 21 februari 1996, JOW 1996, 162, Hof Leeuwarden 6 januari 1997, JOW 1997, 107, en Hof Leeuwarden 17 januari 1997, JOW 1997, 106.

282 In de zaak die tot het betreffende arrest van de Hoge Raad heeft geleid, handelde de betrokkene, blijkens de uitspraak van het hof, op kleine schaal in drugs om zijn eigen gebruik te kunnen financieren. In een dergelijk geval is het *opleggen* van een ontnemingsmaatregel mijns inziens bepaald geen vanzelfsprekendheid. Zie ook nr. 496.

minder ontnomen dan hij heeft verkregen, om op die wijze recht te doen aan de schending van zijn recht op berechting binnen een redelijke termijn. In hoeverre deze compensatie is geboden, is afhankelijk van een afweging van het belang van de betrokkene en van het publieke belang bij normhandhaving door berechting.

In het kader van de draagkrachtproblematiek speelt de matiging eveneens een rol. Ook dan is het niet het normatieve-reparatoire karakter dat tot matiging noopt. De bijstelling van de betalingsverplichting is erop gericht om deze in een redelijke verhouding te brengen met de huidige en toekomstige draagkracht. De grondslag daarvoor ligt in het vereiste dat bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel een redelijke verwachting moet bestaan dat de betrokkene aan de maatregel kan voldoen. Daarmee is tevens een ander aspect van de draagkrachtproblematiek genoemd. Niet enkel de matiging van de betalingsverplichting maar ook de beslissing tot oplegging van de ontnemingsmaatregel speelt in deze context een rol.

Uit dit overzicht blijkt dat de bevoegdheid tot matiging van de betalingsverplichting geen eenduidige grondslag kent. Soms ziet het toe op de limiterende werking van het beoogde rechtsherstel, soms biedt het de mogelijkheid om recht te doen aan belangen die prevaleren boven dat rechtsherstel. Verder komt naar voren dat niet alleen de matigingsbevoegdheid de mogelijkheid biedt tot het tegemoet komen aan de limiterende werking van het beoogde rechtsherstel dan wel aan prevalerende belangen, maar ook de beslissing om geen ontnemingsmaatregel op te leggen.

517. Vanuit dit perspectief is het mogelijk om opnieuw het licht te doen schijnen op enkele aanleidingen tot matiging en het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel die reeds in eerdere hoofdstukken, veelal terloops, zijn genoemd.

Voor wat betreft de matiging van de betalingsverplichting wijs ik op het geval waarin een ontnemingsmaatregel ten uitvoer wordt gelegd op de nalatenschap van de (overleden) betrokkene. Wordt die nalatenschap zuiver aanvaard, dan is er reden voor matiging van de betalingsverplichting voor zover het saldo van de nalatenschap niet toereikend is om de ontnemingsmaatregel te voldoen. In dat geval dient er een matiging – op grond van art. 577b lid 2 Sv – plaats te vinden teneinde te voorkomen dat de erfgenaam zijn eigen vermogen moet aanwenden om de ontnemingsmaatregel te voldoen (zie nr. 210).

In het hoofdstuk over het voordeelsbegrip heb ik in het kader van de besparing van kosten erop gewezen dat een voordeelsberekening onder omstandigheden tot onbevredigende of absurde resultaten leidt (zie nr. 299). Ook heb ik het wegvallen van het verkregen voordeel door externe factoren genoemd (zie nr. 263). In dit hoofdstuk heb ik gewezen op omstandigheden die zich veelal in combinatie met een geringe draagkracht voordoen, maar op zichzelf reeds aanleiding kunnen zijn

om geen ontnemingsmaatregel op te leggen (zie nr. 496). Verder zou men nog kunnen denken aan de betrokkene die niet-verwijtbaar een voordeel heeft behaald, maar dat weer is kwijtgeraakt.²⁸³ Het is bepaald niet eenvoudig om deze gevallen in een abstract criterium te vatten. Centraal staat wel dat het opleggen van een ontnemingsmaatregel *ongepast* is ten opzichte van de betrokkene.²⁸⁴

Ook uit dit overzicht volgt dat de beslissing om al dan niet een ontnemingsmaatregel op te leggen en de bevoegdheid tot matiging van de betalingsverplichting erop kunnen zijn gericht om het beoogde rechtsherstel af te stemmen op in het geding zijnde belangen. Welke belangen in dat kader relevant zijn, laat zich niet vatten in een limitatieve opsomming. Het gaat in dat opzicht om een open stelsel.

283 Zie naast nr. 157-158, ook (de tekst bij) noot 165. Vgl. ook art. 6:212 leden 2 en 3 BW.

284 Dit criterium ligt tevens besloten in één onderdeel van het voordeelsbegrip, te weten: de relativisering van de wederrechtelijkheid (zie nr. 307).

De vervangende hechtenis

1 Inleiding

518. Legt de rechter een ontnemingsmaatregel aan een natuurlijk persoon op, dan beveelt de rechter voor het geval volledige betaling noch volledig verhaal van het bedrag plaatsvindt, dat vervangende hechtenis zal worden toegepast (art. 24d lid 1 Sr). De rechter bepaalt op dat moment tevens de duur van de vervangende hechtenis, waarvoor een maximum geldt van zes jaar. De tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis komt eerst aan de orde nadat de ontnemingsmaatregel onherroepelijk is opgelegd. In de praktijk komt deze tenuitvoerlegging relatief weinig voor.¹

In dit hoofdstuk ga ik nader in op deze derde beslissing die de rechter bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel neemt.² Allereerst bespreek ik de grondslag van de vervangende hechtenis zoals deze in de wetsgeschiedenis tot uiting komt, en de relevante wettelijke voorschriften. Vervolgens onderzoek ik het karakter van de vervangende hechtenis nader aan de hand van enkele vergelijkingen. Dit onderzoek strekt ertoe meer inzicht in de ratio van de vervangende hechtenis te verkrijgen. Aan de hand van dat inzicht ga ik in op de relatie tussen de vervangende hechtenis en de draagkrachtproblematiek. Tot slot van dit hoofdstuk sta ik stil bij het concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving, waarin de minister het voorstel doet om de vervangende hechtenis te wijzigen in een mogelijkheid tot gijzeling.

Deze volgorde – eerst de bespreking van de wettelijke voorschriften, daarna een uitdieping van het karakter – wijkt af van de tot dusverre gehanteerde werkwijze, waarbij het karakter zo veel mogelijk als interpretatiemiddel is gehanteerd. De reden voor deze afwijking is de volgende. Anders dan met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van de betalingsverplichting en de

1 Nelen & Sabee 1998, p. 210, maken melding van één poging tot tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis. Navraag (in november 2000) bij het CJIB heeft mij geleerd dat nadien de vervangende hechtenis circa zeventien keer ten uitvoer is gelegd. In circa 21 zaken heeft het maken van een aanvang van de tenuitvoerlegging (waarbij al dan niet met die tenuitvoerlegging in de detentiefasering rekening werd gehouden) geleid tot betaling dan wel tot het treffen van een betalingsregeling.

2 De andere twee beslissingen zijn de vaststelling van de omvang van het voordeel en de bepaling van de hoogte van de betalingsverplichting. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de rechter tot het oordeel kan komen dat er geen aanleiding is om een ontnemingsmaatregel op te leggen. In dat geval is vanzelfsprekend ook de bepaling van de vervangende hechtenis niet aan de orde.

betalingsverplichting geldt, is de regeling van de vervangende hechtenis tamelijk helder. Een interpretatieprobleem bestaat veeleer indien men onderzoekt op welke wijze die regeling een rol speelt bij het verwezenlijken van datgene waar het bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel om gaat, te weten: het rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene. Het gaat dan in hoofdzaak om de situatie dat de betrokkene de betalingsverplichting niet kan voldoen. In een dergelijke geval zijn niet zozeer de voorschriften van art. 24d Sr relevant, maar staat de vraag voorop of de vervangende hechtenis daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd. Het karakter van de vervangende hechtenis vormt bij de beantwoording van deze vraag een belangrijke rol.

519. Het onderzoek in dit hoofdstuk kent twee beperkingen. Ten eerste, ik bespreek alleen die onderdelen van de regeling van de vervangende hechtenis die relevant zijn voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel. Dat betekent dat bepaalde aspecten van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis, zoals bijvoorbeeld het daarvoor geldende penitentiaire regime, buiten beschouwing blijven. Ten tweede, er vindt in dit hoofdstuk geen vergelijking met het Duitse recht plaats. De reden daarvoor is eenvoudig. Het Duitse recht kent geen vervangende vrijheidsstraf bij de ontneming van misdadgeld. Voor zover ik heb kunnen nagaan, heeft over de wenselijkheid daarvan ook geen discussie plaatsgevonden.

Een redactionele opmerking betreft nog dat waar in dit hoofdstuk over vervangende hechtenis wordt gesproken, het in principe de vervangende hechtenis van art. 24d Sr (en niet art. 24c Sr) betreft. Afwijkingen daarvan worden duidelijk aangegeven.

2 Het wettelijk kader

2.1 *Wetsgeschiedenis*

520. De mogelijkheid van vervangende hechtenis wegens het niet-voldoen van een ontnemingsmaatregel bestaat sinds de invoering van de ontnemingsmaatregel in het commune strafrecht met de Wet vermogenssancities.³ Tot de invoering van de ontnemingswetgeving ging het daarbij om dezelfde vervangende hechtenis als voor de geldboete en de verbeurdverklaring van voorwerpen.⁴ De duur van deze vervangende hechtenis was maximaal zes maanden. De reden voor het invoeren

3 Art. 36e lid 4 Sr (oud).

4 De vervangende hechtenis bij de verbeurdverklaring houdt verband met de mogelijkheid van verbeurdverklaring van niet in beslag genomen voorwerpen. In dat geval moet de rechter de waarde van die voorwerpen schatten (art. 34 lid 1 Sr). Bij het niet-uitleveren of het niet-betalen van die waarde is tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis mogelijk (art. 34 lid 3 jo. 24c Sr).

van een vervangende hechtenis voor de ontnemingsmaatregel lag, aldus de minister, in het bevorderen dat '(...) de maatregel van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel van de grond komt.'⁵

521. De aanleiding voor de afzonderlijke vervangende hechtenis zoals die thans geldt, is gelegen in het rapport van de RAC-werkgroep. Hierin wordt gesteld dat de 'gewone' vervangende hechtenis van zes maanden ontoereikend is in die gevallen waarin het te betalen bedrag boven circa f 25.000 uitgaat. Het rapport vervolgt:

Daarboven wordt het – naar mate de boete groter is – twijfelachtig of 'zitten' niet voordeliger is dan betalen. Menigeen zal bij een boete van fl. 100.000 liever 6 maanden gaan zitten dan betalen.⁶

Het voorstel van de RAC-werkgroep luidt dat het maximum van de vervangende hechtenis wordt vrijgelaten in die gevallen waarin het te betalen bedrag – van de boete, de verbeurdverklaring of de ontnemingsmaatregel – boven f 25.000 uitgaat. Dit zou een 'geloofwaardiger en doeltreffender middel' zijn om de op de winst gerichte misdaad aan te pakken dan een vervangende hechtenis van maximaal zes maanden.⁷

522. Het voorstel van de RAC-werkgroep komt in een gematigder vorm terecht in het rapport van de werkgroep-Schutte⁸ en de ontnemingswetgeving. Voor de ontnemingsmaatregel wordt een afzonderlijke vervangende hechtenis voorgesteld – en aangenomen – van maximaal zes jaar (art. 24d Sr), een verhoging van het oude maximum van zes maanden met een factor twaalf. In de ontnemingswetgeving is het maximum van de vervangende hechtenis voor de geldboete, en daarmee ook voor de verbeurdverklaring, verhoogd tot één jaar.⁹ Deze 'gewone' vervangende hechtenis geldt inmiddels eveneens voor de schadevergoedingsmaatregel (art. 36f lid 6 Sr).¹⁰

De belangrijkste aanleiding voor een bijzondere vervangende hechtenis voor de ontnemingsmaatregel is, blijkens de wetsgeschiedenis, gelegen in het ontbreken

5 Zie Memorie van Toelichting, TK 1977-1978, 15 012, nr. 3, p. 45.

6 RAC-rapport 1986, p. 35. De werkgroep rekent daarbij voor dat een dergelijke keuze *de facto* leidt tot een (belastingvrije) besparing van f 200.000 op jaarbasis.

7 RAC-rapport 1986, p. 35-36, alsmede bijlage 1, p. 1.

8 Zie Eindrapport-Schutte 1988, p. 4.

9 De enige motivering die men voor deze wijziging aantreft is dat gelet op de hoogte van de boeten van de vierde en vijfde categorie niet kan worden gezegd '(...) dat een maximale vervangende hechtenis van zes maanden (...) als reële vervanging van de hoge geldboete kan worden beschouwd.' Zie Memorie van Toelichting, p. 39.

10 Zie voor wat betreft de vervangende hechtenis bij toepassing van het jeugdstrafrecht nr. 528-530.

van een maximumbedrag waaraan de maatregel is gebonden. Het feitelijk verkregen voordeel vormt immers dat bedrag. Gaat het bedrag van de ontnemingsmaatregel boven het maximum van de geldboete (f 100.000) uit,¹¹ dan is volgens de minister een vervangende hechtenis van één jaar onvoldoende afschrikwekkend. Hij wijst daarbij in het bijzonder op de situatie dat de betrokkene zijn vermogen in het buitenland heeft ondergebracht en de mogelijkheden om aldaar beslag te doen leggen niet toereikend zijn.¹² De maximale duur die de minister daarvoor kiest – zes jaar – mag gerust fors worden genoemd.¹³ In de literatuur is er terecht op gewezen dat dit maximum uitgaat boven de strafbedreiging die op verschillende, veelal vaak winstgevende delicten is gesteld.¹⁴

523. De vervangende hechtenis moet de betrokkene dus stimuleren om aan de betalingsverplichting te voldoen. Dit is op zichzelf geen opzienbarend gegeven, maar het valt op met welk gemak de minister veronderstelt dat een betrokkene liever enige tijd gaat 'zitten' dan een relatief fors geldbedrag betaalt. Dit komt het meest expliciet naar voren in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer, waar de minister met betrekking tot de 'oude' ontnemingsmaatregel zonder veel omhaal stelt: 'In de meeste gevallen kiest de veroordeelde ervoor niet aan de betalingsverplichting te voldoen, maar de vervangende hechtenis uit te zitten.'¹⁵ Het is onduidelijk op welk empirisch onderzoek hij zich hier beroept. Bedenkt men dat de ontnemingsmaatregel voor 1993 een vrijwel slapend bestaan heeft gekend, dan dringt de vraag zich op of het in het geheel wel mogelijk is geweest

- 11 Het gaat hierbij om het maximumbedrag van de boete zoals die aan een natuurlijk persoon kan worden opgelegd. Onder omstandigheden is echter een boete van maximaal f 1.000.000 mogelijk. Zie art. 6 lid 1 WED en art. 12 Opiumwet.
- 12 Memorie van Toelichting, p. 40. Ik wijs erop dat de wettelijke mogelijkheden voor internationale samenwerking met betrekking tot ontneming tegelijkertijd met de (nationale) ontnemingswetgeving zijn uitgebreid. Zie hierover uitgebreid Lamp 2000, in het bijzonder p. 297-483. De minister veronderstelt kennelijk dat die mogelijkheden niet (steeds) toereikend zijn en dat in dat opzicht de vervangende hechtenis een noodzakelijk complement is. Daarbij speelt vermoedelijk een rol dat men bij internationale samenwerking telkens afhankelijk is van de medewerking van de buitenlandse staat.
- 13 De duur van de vervangende hechtenis is één van de redenen die Vegter brengt tot het bestempelen van art. 24d Sr als 'een draconische bepaling'. Zie Vegter in: Jonkers e.a. (losbl.), p. VII-107 (suppl. 45).
- 14 Zie Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 194, en Doorenbos 1997, p. 105. Als voorbeelden worden onder meer art. 321 en 326 Sr genoemd. Andere voorbeelden zijn de delicten uit Boek II, Titel XXVI (benadeling van schuldeisers en rechthebbenden), met uitzondering van art. 343 Sr.
- 15 Memorie van Antwoord I, p. 4. Een dergelijke redenering is overigens niet nieuw. Bij J.M. Smits 1881, p. 21-22, treft men met betrekking tot de geldboete dezelfde bewering aan, zij het vanuit een geheel andere invalshoek: 'Dit [de soortgelijkheid van de zwaarte van de boete en de hechtenis; MJB] zou er echter toe leiden dat door onbemiddelden al zeer licht de hechtenis boven het betalen der boete werd verkozen en zij, al ware het mogelijk met eenige inspanning de boete op te brengen en te betalen, er toe gebracht zouden worden om liever zich in hechtenis te begeven. Ja, menig goed huisvader zal het zich tot een plicht rekenen, zich enige dagen te doen opsluiten en zich zodoende voor zijn huisgezin op te offeren, wanneer hij anders een som moet betalen die hij misschien in geen acht dagen kan verdienen.'

om valide uitspraken te doen over het effect van de oude vervangende hechtenis op de betalingsbereidheid bij ontnemingsmaatregelen.

Er zijn mij geen onderzoeken bekend die de stelling van de minister ondersteunen. Wel blijkt uit empirisch onderzoek dat wetsovertreders in het algemeen vrijheidsbeneming als een zwaardere sanctie beschouwen dan een betalingsverplichting.¹⁶ Een verklaring voor dat gegeven kan zijn dat mensen die veel geld verdienen, relatief makkelijk over een betalingsverplichting heen stappen, terwijl vrijheidsbeneming rechtstreeks inbreuk maakt op gezinsleven en reputatie.¹⁷ In dit licht is de vervangende hechtenis zeker geschikt om betaling te stimuleren, maar is het tevens kwetsief of een dergelijk forse uitbreiding van de duur van de vervangende hechtenis daadwerkelijk noodzakelijk is geweest.

2.2 De wettelijke regeling

2.2.1 De plicht tot het bevelen van de vervangende hechtenis

524. Legt de rechter een ontnemingsmaatregel op aan een natuurlijk persoon dan beveelt hij, nadat hij de betalingsverplichting heeft vastgesteld, '(...) voor het geval noch volledig betaling noch volledig verhaal van het verschuldigde bedrag volgt, dat vervangende hechtenis zal worden toegepast (...)'. Art. 24d lid 1 Sr verplicht de rechter, zo moet uit deze formulering worden afgeleid, de vervangende hechtenis te bevelen.¹⁸ De koers die een enkele lagere rechter heeft gevaren door met het oog op een ontoereikende draagkracht de vervangende hechtenis achterwege te laten,¹⁹ is niet conform de wet.

2.2.2 De duur van de vervangende hechtenis

525. Bij de vaststelling van de duur van de vervangende hechtenis geeft de wet de rechter nauwelijks enige handvatten. Enkel de maximale duur is expliciet geregeld. Deze is blijkens de tweede volzin van art. 24d lid 1 Sr zes jaar. Uit art. 18 lid 1 en art. 24c lid 3 Sr laat zich afleiden dat de minimale duur één dag is. Voor het overige is de lengte van de vervangende hechtenis aan de discretie van de

16 Zie Smettan 1992, p. 190-191, en Vrugink 2001, p. 104-105.

17 Zie Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 205.

18 HR 30 september 1997, JOW 1998, 67, HR 29 juni 1999, NJ 1999, 620, JOW 1999, 54, en impliciet HR 5 december 1995, NJ 1996, 411, m.nt. Sch, JOW 1996, 171, alsmede HR 2 februari 1999, NJ 1999, 313, JOW 1999, 23. Zie ook, met betrekking tot het oude art. 36e Sr, HR 25 november 1986, NJ 1987, 493.

19 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 24 mei 1995, NJ 1996, 63, JOW 1996, 29.

rechter overgelaten.²⁰ Een omrekenmaatstaf zoals die in art. 24c lid 3 Sr is gegeven – voor elke vijftig gulden geldboete wordt niet meer dan één dag vervangende hechtenis opgelegd –, ontbreekt.²¹

De Ontnemingsrichtlijn voorziet wel in een tabel waarop het Openbaar Ministerie de ontnemingsvordering baseert.²² De tabel gaat uit van een trapsgewijs evenredig verband tussen de hoogte van de betalingsverplichting en de duur van de vervangende hechtenis. Dit verband bestaat eruit dat steeds tussen bepaalde bedragen een evenredig verband wordt gehanteerd, doch dat naar mate de bedragen stijgen de verhouding tussen het bedrag en het aantal dagen vervangende hechtenis wijzigt.²³ In zijn algemeenheid geldt daarbij dat hoe hoger de betalingsverplichting is, hoe groter het bedrag is dat één dag vervangende hechtenis gemiddeld vertegenwoordigt.²⁴ In dat opzicht wordt de veel verdienende misdadiger coulanter tegemoet getreden dan zijn minder verdienende collega. Het maximum van zes jaar wordt in de tabel bereikt bij een bedrag boven f 1.000.000.

De rechter is niet formeel aan de tabel van de Ontnemingsrichtlijn gebonden en volgt deze ook niet altijd.²⁵ Zo heeft bijvoorbeeld het Hof Leeuwarden gesteld dat de tabel van het OM te vexatoir is.²⁶ Het omgekeerde, het opleggen van meer

20 Vgl. HR 15 juni 1999, nr. 110.690 P (niet gepubliceerd): de rechter is bij de vaststelling van de duur van de vervangende hechtenis niet verplicht rekening te houden met de gelegde beslagen. Wel bestaat de plicht om bij de vaststelling van een langere vervangende hechtenis dan door het Openbaar Ministerie is gevorderd, deze overstijging te motiveren. De Hoge Raad interpreteert het woord 'straf' in art. 359 lid 7 Sv zodanig dat ook de vervangende hechtenis daaronder valt. Dit hangt samen met het maximum van zes jaar, het ontbreken van een maatstaf voor de duur van de vervangende hechtenis en het niet-verminderen van de duur door gedeeltelijke betaling (art. 24d lid 2 Sr). Zie HR 18 juni 1996, NJ 1996, 375, JOW 1996, 176, HR 24 juni 1997, JOW 1998, 68, HR 12 mei 1998, JOW 1998, 55, en HR 27 oktober 1998, JOW 1999, 4. Eenzelfde motiveringsplicht geldt niet met betrekking tot de vervangende hechtenis van art. 24c Sr. Zie HR 1 december 1998, NJ 1999, 310, m.nt. Sch.

21 Tot 1 maart 1993 gold voor de ontnemingsmaatregel dezelfde vervangende hechtenis als voor de geldboete en de verbeurdverklaring (zie nr. 520). Tengevolge hiervan was de omrekenmaatstaf van art. 24c Sr op de ontnemingsmaatregel van toepassing.

22 Richtlijn voor strafvordering bij ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, bijlage 4. Zie ook Ontnemingsrichtlijn (oud en herzien), Stcrt. 1997, nr. 37, Stcrt. 1997, nr. 223, Stcrt. 1998, 8, bijlage 2.

23 Een analyse van de richtlijn levert een curieus beeld op. Bij een bedrag tot f 1500 gaat de richtlijn uit van één dag vervangende hechtenis per f 50. Van f 2000 tot f 10.000 gaat het om f 100 per dag. Daarboven tot f 50.000 vervangt één dag hechtenis f 500. Vervolgens zakt dit bedrag weer. Van f 50.000 tot f 80.000 vertegenwoordigt één dag 'slechts' f 250. Daarna zit er weer een stijgende lijn in. Met weglating van een aantal tussengelegen categorieën geldt bij een betalingsverplichting tussen f 500.000 en f 750.000 één dag vervangende hechtenis als het equivalent van f 1041,66. Daarna zakt het wederom in. Van f 750.000 tot f 1.000.000 staat één dag vervangende hechtenis gelijk aan f 833,33.

24 Deze verhouding varieert van f 50 per dag vervangende hechtenis tot en met f 555,56 voor betalingsverplichtingen tot f 1.000.000. Deze cijfers zijn gebaseerd op de deling van het bedrag van de vordering door het totaal aantal te vorderen dagen vervangende hechtenis.

25 Zie het overzicht bij De Doelder & Mul 1997, p. 250-251.

26 Hof Leeuwarden 26 juni 1996, JOW 1997, 1. Het hof stelt als alternatief dat bij een betalingsverplichting beneden f 100.000 per f 500 één dag vervangende hechtenis wordt bevolen, en voor zover de betalingsverplichting tussen f 100.000 en f 1.000.000 ligt per f 1000 één dag vervangende hechtenis. Hoe de omrekening boven het miljoen moet geschieden, blijft onvermeld.

dagen vervangende hechtenis, komt eveneens voor.²⁷ Een duidelijke lijn valt er in de rechtspraak niet te ontwaren, behalve dan dat er een zekere evenredigheid tussen het bedrag van de betalingsverplichting en de duur van de vervangende hechtenis wordt gehanteerd.²⁸

526. In een arrest van de Hoge Raad komt nog een andere maatstaf naar voren die betrekking heeft op de duur van de vervangende hechtenis.²⁹ Het betreft hier een geval waarin een penitentiare kwestie een rol speelt. De betrokkene is in deze zaak niet voor de plaatsing in een half open inrichting in aanmerking gekomen omdat bij de bepaling van zijn strafrestant rekening is gehouden met de duur van de vervangende hechtenis zoals bevolen in een nog niet onherroepelijk vonnis in een ontnemingszaak. Een tegen deze beslissing gericht beroep bij de Centrale Raad voor Strafrechtstoepassing is verworpen.³⁰ In die uitspraak wordt gesteld dat voor de plaatsing in een half open inrichting vereist is dat na de tenuitvoerlegging van de betreffende straf de betrokkene in vrijheid wordt gesteld. Voor de beoordeling hiervan zijn ook lopende procedures relevant. Dit ligt met betrekking tot de vervangende hechtenis alleen anders in het – mijns inziens zeer onwaarschijnlijke – geval dat de betrokkene een schriftelijke verklaring van het Openbaar Ministerie zou kunnen overleggen waaruit blijkt dat er een betalingsregeling is overeengekomen.³¹

In het hoger beroep van de ontnemingszaak stelt de betrokkene zich op het standpunt dat de vervangende hechtenis op één dag moet worden gesteld. Daarmee zou de plaatsing in een half open inrichting wel mogelijk worden. Het hof verwerpt dit verweer. Het daartegen gericht cassatieberoep wordt vervolgens verworpen met de overweging:

27 Zie De Doelder & Mul 1997, p. 251. Zij wijzen op een uitspraak van de rechtbank Middelburg (d.d. 16 november 1995, niet gepubliceerd) waarin een vervangende hechtenis van negentien maanden wordt bevolen waar de tabel van de Ontnemingsrichtlijn op zestien maanden uitkomt. Vgl. voorts impliciet HR 9 januari 2001, NJB 2001, p. 272-273, nr. 25, overweging 3.11.

28 Vgl. ook Nelen & Sabee 1996, p. 97. Een enigszins afwijkende benadering is te vinden in Rb. Rotterdam 23 augustus 1996, JOW 1997, 86, en Rb. Rotterdam 20 september 1996, JOW 1997, 15. De rechtbank stelt dat de vervangende hechtenis moet worden beschouwd als dwangmiddel om de betrokkene tot betaling te bewegen en dat er derhalve '(...) minder reden [is] om een evenredige betaling te laten bestaan (...)' tussen de betalingsverplichting en de duur van de vervangende hechtenis. Voor een betalingsverplichting van f 4376 respectievelijk f 27.350 wordt vervolgens een vervangende hechtenis van 30 dagen bevolen. Het is de vraag of ook bij deze benadering uiteindelijk niet naar een zekere evenredigheid wordt gezocht. Bij een (substantieel) hogere betalingsverplichting zal de rechter vermoedelijk toch een hogere vervangende hechtenis willen bevelen.

29 HR 29 juni 1999, NJ 1999, 620, JOW 1999, 54.

30 Uitspraak van 24 november 1997, nr. B 97/133.

31 Aangenomen mag worden dat de betrokkene en het Openbaar Ministerie pas over een betalingsregeling komen te spreken indien onherroepelijk vaststaat dat de betrokkene moet betalen.

Bij de vaststelling van de hoogte van de betalingsverplichting en de duur van de vervangende hechtenis mag de rechter rekening houden met de wijze van executie en de gevolgen die de oplegging van de sanctie overigens heeft. Er bestaat voor hem geen verplichting rekening te houden met een gevolg dat wordt bepaald door de met de executie van die sanctie belaste autoriteit. Daaronder dient te worden begrepen een gevolg dat de met de executie van een andere straf of maatregel belaste autoriteit verbindt aan de oplegging van de onderhavige sanctie.

Kortom: de rechter mag, maar moet niet, bij de vaststelling van de duur van de vervangende hechtenis rekening houden met eventuele executieperikelen. Met precies welke factoren de rechter rekening kan houden, laat de Hoge Raad verder in het midden.

De overweging van de Hoge Raad is niet geheel bevredigend. De crux ligt in het feit dat de Centrale Raad voor de Strafrechtstoepassing rekening houdt met een vervangende hechtenis terwijl *a.* niet vaststaat of deze ook onherroepelijk wordt opgelegd en *b.* zou dat wel het geval zijn, het niet zeker is of deze ten uitvoer moet worden gelegd. Het is naar mijn mening zeer de vraag of het rekening houden met dergelijke eventualiteiten redelijk is.³² De Hoge Raad heeft zich daarover niet uitgelaten, maar kiest ervoor om de vrijheid van de rechter bij de vaststelling van de duur van de vervangende hechtenis te onderstrepen.³³ Met het vaststellen van een minder lange duur kan de ontnemingsrechter de plaatsing naar een half open inrichting dichterbij brengen, al is dat geen werkelijk bevredigende oplossing.

2.2.3 *Het vervallen van de vervangende hechtenis*

527. Wordt de vervangende hechtenis ten uitvoer gelegd, dan geldt dat een gedeeltelijke voldoening van de ontnemingsmaatregel de duur van de vervangende hechtenis niet doet verminderen (art. 24d lid 2 Sr).³⁴ Deze regeling wijkt af van de 'gewone' vervangende hechtenis waar een dergelijke evenredigheidsregel wel

32 De Centrale Raad voor Strafrechtstoepassing dwingt – ten onrechte – de betrokkene in feite tot een 'guilty-plea' om zodoende tot een betalingsregeling te kunnen komen. Uit het empirische onderzoek van Vrugink 2001, p. 101-102, blijkt voorts dat de invloed van de mogelijkheid van een vervangende hechtenis op de detentiefasering bij enkele betrokkenen tot psychische spanningen leidt. Vrugink vermeldt daarbij dat het CJIB eigen initiatief van penitentiaire inrichtingen op dit terrein niet op prijs stelt. De beslissing tot tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis ligt, zo blijkt ook uit de Aanwijzing executie boeten, maatregelen en (vervangende) vrijheidsstraffen, Stert. 1999, nr. 142, onderdeel 5.4.2, immers in handen van de landelijke executie-officier van justitie. Vgl. in dit verband ook Nelen & Sabbe 1996, p. 97, en Nelen & Sabbe 1998, p. 212.

33 Men mag aannemen dat de Hoge Raad niet de Centrale Raad voor Strafrechtstoepassing voor de voeten heeft willen lopen.

34 Op grond van art. 24e Sr is de regeling van de vervroegde invrijheidstelling (art. 15-15d Sr) niet van toepassing op de vervangende hechtenis.

van kracht is (art. 24c lid 4 en 5 Sr).³⁵ Pas na voldoening van de laatste cent komt de vervangende hechtenis te vervallen. In de ontnemingspraktijk kan dit voorschrift, zo blijkt uit de evaluatie van het WODC, op weinig sympathie rekenen, met name niet onder rechters.³⁶ Indien de betrokkene niet (volledig) betaalt en de vervangende hechtenis in zijn geheel ondergaat, vervalt daarmee de betalingsverplichting.³⁷

2.2.4 Vervangende hechtenis in het jeugdstrafrecht?

528. Een onduidelijkheid in de regeling van de vervangende hechtenis die in de rechtspraak naar voren is gekomen, betreft de mogelijkheid van vervangende hechtenis bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel in het jeugdstrafrecht. Aan een jeugdige wetsovertreder kan een ontnemingsmaatregel worden opgelegd (art. 77h lid 4 sub c Sr).³⁸ Op grond van art. 77a Sr is art. 24d Sr van toepassing in het jeugdstrafrecht. De consequentie hiervan lijkt te zijn dat bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel aan een jeugdige een vervangende hechtenis van maximaal zes jaar kan worden bevolen. Dit wekt verbazing, omdat met betrekking tot de geldboete het jeugdstrafrecht geen vervangende hechtenis kent, maar een facultatieve vervangende jeugddetentie van maximaal drie maanden (art. 77l lid 2 en 7 Sr). Deze hoeft niet tegelijkertijd met de oplegging van de boete te worden bevolen, maar zulks kan ook in een later stadium. Het is daarbij mogelijk dat er geen jeugddetentie, maar een alternatieve sanctie in de plaats van de geldboete wordt gesteld (art. 77l lid 3 Sr).³⁹ Het komt bepaald niet logisch voor dat de wetgever met betrekking tot de geldboete wel een bijzondere regeling voor vervangende vrijheidsbeneming in het leven heeft geroepen, maar bij de ontnemingsmaatregel de vervangende hechtenis van toepassing heeft willen laten zijn.⁴⁰ Daarnaast geldt dat de jeugddetentie als straf een maximale duur heeft van

35 Dit verschil tussen de vervangende hechtenis bij de geldboete en bij de ontnemingsmaatregel wordt naar het oordeel van de Hoge Raad gerechtvaardigd door het verschil in rechtskarakter tussen beide sancties. Zie HR 6 juni 1995, NJ 1995, 645. Waar dat verschil precies in ligt, laat de Hoge Raad onvermeld.

36 Zie Nelen & Sabee 1996, p. 97, en Nelen & Sabee 1998, p. 211. Vgl. ook Keijser-Ringnalda 1996, p. 18.

37 Op dat moment kent de vervangende hechtenis wel weer hetzelfde rechtsgevolg als de vervangende hechtenis van art. 24c Sr. Een uitzondering betreft echter het volledig ondergaan van een vervangende hechtenis op grond van art. 36e lid 6 jo. 24c Sr indien een schadevergoedingsmaatregel niet is voldaan. In dat geval vervalt de betalingsverplichting niet.

38 Zie ook HR 2 december 1997, NJ 1998, 290, JOW 1998, 65. Deze mogelijkheid bestaat overigens pas sinds de inwerkingtreding van de wet van 7 juli 1994, Stb. 528, per 1 september 1995.

39 Zie over deze regeling nader Koens & De Jonge 1995, p. 53-55.

40 Ik wijs er daarnaast op dat de Wet justitiële jeugdinrichtingen (wet van 2 november 2000, Stb. 481) nergens spreekt van vervangende hechtenis, maar uitsluitend toeziet op vervangende jeugddetentie. Zie in het bijzonder art. 1 sub o van deze wet.

twee jaar, zodat het zelfs hoogst onwaarschijnlijk is dat de wetgever een vervangende hechtenis van zes jaar heeft willen toelaten.⁴¹

529. In de rechtspraak wordt op verschillende manieren met deze kwestie omgegaan. De Rechtbank Amsterdam wijt de mogelijkheid van een vervangende hechtenis aan een wetstechnische fout.⁴² In art. 77b Sr, de voorloper van art. 77a Sr, zou door de wetgever beoogd zijn onder andere art. 24c tot en met 32 uit te sluiten, maar in de uiteindelijke wettekst zijn abusievelijk enkel art. 24c en 32 niet van toepassing verklaard.⁴³ Hieruit volgt volgens de rechtbank dat de wetgever de vervangende hechtenis '(...) in ieder geval niet ongewijzigd van toepassing heeft willen laten zijn.'⁴⁴ Nu er een bijzondere regeling voor het jeugdstrafrecht ontbreekt, legt de rechtbank alleen een betalingsverplichting op. Tot hetzelfde resultaat komt ook het Hof Den Haag.⁴⁵ Het hof beroept zich hierbij op het ontbreken van een bijzondere regeling voor de toepassing van de vervangende hechtenis in het jeugdstrafrecht, en verwijst daarbij naar art. 5 lid 1 sub b EVRM en art. 37 sub b van het Verdrag inzake de rechten van het kind.

Tegenover deze uitspraken staat een vonnis van de Rechtbank Leeuwarden waarin wel de vervangende hechtenis wordt bevolen, zij het met de duur van één dag.⁴⁶ Een aantal andere rechters is ertoe over gegaan om de vervangende jeugddetentie van art. 77l lid 2 Sr te bevelen in plaats van vervangende hechtenis.⁴⁷ Deze laatste optie is impliciet door de Hoge Raad bevestigd. In een uitspraak van 2 december 1997 wordt namelijk een ontnemingsuitspraak tegen een jeugdige vernietigd, waarbij de Hoge Raad ambtshalve een nieuwe ontnemingsmaatregel oplegt en een vervangende jeugddetentie beveelt van één dag.⁴⁸

530. De verdeeldheid in de rechtspraak laat zich verklaren doordat de wetgever zich op dit onderdeel niet gerealiseerd lijkt te hebben wat er precies in de wet is geregeld. Het is immers, zoals gezegd, bepaald niet aannemelijk dat een jeugdige voor een ontnemingsmaatregel zes jaar lang in vervangende hechtenis zou kunnen

41 Of dit werkelijk niet de bedoeling is, wordt uit de parlementaire stukken echter niet duidelijk. Vgl. Memorie van Toelichting, TK 1989-1990, 21 327, nr. 3, p. 32, 34-35.

42 Rb. Amsterdam 25 oktober 1999, JOW 2000, 15. In dezelfde zin Verpalen in: T&C Sr 2000, aant. 3 op art. 77a.

43 Zie in dit verband Nota van Wijzigingen, TK 1981-1982, 15012, nr. 6, p. 2, in vergelijking met Gewijzigd Ontwerp van Wet, TK 1981-1982, 15012, nr. 7, p. 7.

44 Daar kan tegen in worden gebracht dat *a.* de afzonderlijke regeling voor de vervangende hechtenis bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel toentertijd nog niet bestond, en *b.* de wetgever bij de wijziging van art. 77b in art. 77a Sr geen aanleiding heeft gezien art. 24d Sr (alsnog) niet van toepassing te verklaren. Daar staat weer tegenover dat de wetgever zich niet expliciet over deze kwestie heeft uitgesproken.

45 Hof Den Haag 6 maart 1998, NJ 1998, 373. Zie ook Keulen 1999, p. 60.

46 Rb. Leeuwarden 20 november 1996, JOW 1997, 69.

47 Hof Leeuwarden 17 januari 1997, JOW 1997, 106, en Rb. Rotterdam 7 juli 1997, JOW 1998, 70.

48 HR 2 december 1997, NJ 1998, 290, JOW 1998, 65.

worden genomen, terwijl er met betrekking tot de geldboete een bijzondere regeling is getroffen. Een strikte uitleg van de wet, waarbij de vervangende hechtenis ook ten aanzien van een jeugdige kan worden toegepast, is ook in strijd met het bijzondere, pedagogische karakter van het jeugdstrafrecht.

In het licht van dit karakter is naar mijn mening een redelijke wetsuitleg dat enerzijds het wettelijke uitgangspunt in acht wordt genomen dat de ontnemingsmaatregel is gekoppeld aan een vervangende vrijheidssanctie, maar anderzijds de wettelijke regeling zo wordt begrepen dat het in jeugdstrafzaken dan moet gaan om de vervangende jeugddetentie.⁴⁹ Bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel moet de kinderrechter niet art. 24d Sr toepassen maar art. 771 leden 2 tot en met 6 Sr, waardoor hij tevens de mogelijkheid heeft om de vervangende jeugddetentie achterwege te laten of pas in een later stadium toe te passen.⁵⁰

2.3 Tot slot: de vervangende hechtenis en het rechtsherstel

531. Afgezien van de regeling in het jeugdstrafrecht, is de wettelijk regeling van de vervangende hechtenis betrekkelijk helder. Het is echter gecompliceerder om de relatie tussen het door de ontnemingsmaatregel beoogde rechtsherstel en de vervangende hechtenis te doorgronden. Zo is het bijvoorbeeld lastig te begrijpen hoe hechtenis een betalingsverplichting kan vervangen. De vrijheidsbeneming bewerkstelligt immers niet het rechtsherstel door de betrokkene zijn vermogenstoestand in de oude, rechtmatige toestand (terug) te brengen. Men kan hier tegenover stellen dat de vervangende hechtenis primair een middel is om de betrokkene tot betaling te bewegen, en in die zin kan worden opgevat als middel om het beoogde rechtsherstel tot op zekere hoogte te garanderen, maar in de wettelijke regeling komt nergens tot uitdrukking dat de dwang alleen mag worden uitgeoefend indien het rechtsherstel – dat wil zeggen: betaling – daadwerkelijk mogelijk is. De vraag

49 Ik wijs in dit verband nog op HR 30 mei 2000, NJ 2000, 512, waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat de vervangende jeugddetentie ook betrekking heeft op de schadevergoedingsmaatregel. Dit bleek tot begin 1999 niet duidelijk uit de wet omdat art. 24c Sr in art. 77a Sr niet van toepassing was verklaard, maar art. 36f lid 6 Sr – van toepassing op grond van art. 77h lid 4 sub d Sr – wel vervangende hechtenis van art. 24c Sr voorschreef. Zie ook Koens & De Jonge 1995, p. 82. Inmiddels is deze kwestie helder in de wet geregeld. Zie art. 36f lid 6 Sr, zoals dat geldt sinds de inwerkingtreding van de wet van 28 januari 1999, Stb. 30, op 17 februari 1999.

50 Zodoende geldt wel dat in het jeugdstrafrecht de vervangende jeugddetentie voor de ontnemingsmaatregel eenzelfde maximum kent als voor de geldboete, en in dat opzicht afwijkt van het volwassenenstrafrecht. Ook komt hierdoor het voorschrift weer in beeld dat gedeeltelijke voldoening de duur van de vervangende vrijheidsbeneming doet verminderen (art. 771 lid 7 Sr). Dit zijn echter onvermijdelijke consequenties van de verbeterde lezing van de wet. Uit het oogpunt van het pedagogische karakter van het jeugdstrafrecht lijkt dit neveneffect mij overigens ook niet ongewenst. Het staat de wetgever uiteraard vrij door middel van een bijzondere regeling op onderdelen weer uitzonderingen te maken op de voorschriften van art. 771 Sr. Zie bijvoorbeeld art. 36f lid 6 Sr waarin is bepaald dat de betalingsverplichting niet vervalt door de vervangende vrijheidsbeneming.

rijst dan ook welke plaats de vervangende hechtenis precies inneemt bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

3 Het karakter van de vervangende hechtenis

3.1 Inleiding

532. Het karakter van de vervangende hechtenis kan aan de hand van drie perspectieven worden onderzocht: *a.* de *vervanging* van de betalingsverplichting door een andere, vrijheidsbenemende sanctie, *b.* de vervangende hechtenis als *leedtoevoegende reactie* wegens gebleken betalingsonwil, en *c.* de vervangende hechtenis als *pressiemiddel* (gijzeling). In het navolgende bespreek ik deze perspectieven. Op voorhand merk ik op dat geen van deze perspectieven op zichzelf genomen het karakter van de vervangende hechtenis volledig tot uitdrukking brengt. De beschrijving van de drie perspectieven dient ertoe verschillende kenmerken van de vervangende hechtenis te kunnen omschrijven. Vervolgens is het mogelijk om aan te geven welk van die kenmerken bij de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis voorop zou moeten staan.

3.2 Drie perspectieven

3.2.1 Hechtenis als vervangende sanctie

533. De vervangende hechtenis kan allereerst worden opgevat als een vrijheidsbenemende sanctie die in de plaats treedt van de oorspronkelijke sanctie, de ontnemingsmaatregel. Het betreft hier de oorspronkelijke gedachte die ten grondslag ligt aan de vervangende hechtenis bij de geldboete: 'Vervanging van de geldboete, in geval van wanbetaling, door vrijheidstraf is noodzakelijk, opdat het strafbare feit niet ongestraft blijve.'⁵¹ Teneinde te voorkomen dat de straf die de veroordeelde bij wanbetaling moet ondergaan, veel zwaarder zou zijn, is gekozen voor de lichtste vorm van de vrijheidstraf, de hechtenis.⁵² De reden waarom de geldboete niet wordt voldaan, is daarbij niet heel relevant.⁵³ Van belang is dat er op het begaan

51 Smidt I 1891, p. 320.

52 Smidt I 1891, p. 320. De wetgever heeft nog overwogen om in de wet expliciet te bepalen dat de (vervangende) hechtenis geen principieel andere straf is dan de geldboete. Dit is uiteindelijk achterwege gelaten omdat het om een evidente kwestie zou gaan. Zie Smidt I 1891, p. 332-335.

53 Wel is het denkbaar dat bijzondere omstandigheden ertoe leiden dat aan de veroordeelde gratie wordt verleend. Vgl. voorts Pres. Rb. Den Haag 15 oktober 1999, KG 1999, 292, waarin de executie van de vervangende hechtenis wegens het niet-voldoen van een geldboete wordt geschorst gedurende de periode dat de veroordeelde een wettelijke schuldsanering doorloopt.

van een strafbaar feit waarvoor iemand is veroordeeld, een sanctie volgt, en de hechtenis vormt dan het alternatief voor de geldboete.⁵⁴

534. De wettelijke regeling van de vervangende hechtenis bij een ontnemingsmaatregel lijkt ervan uit te gaan dat deze hechtenis een alternatief vormt voor de betalingsverplichting. De rechter moet immers op grond van art. 24d lid 1 Sr bevelen '(...) dat vervangende hechtenis zal worden toegepast (...)’ indien de betalingsverplichting niet wordt voldaan of verhaald. Dezelfde vanzelfsprekendheid dat de hechtenis voor de betalingsverplichting in de plaats kan worden gesteld, spreekt uit art. 577b lid 1 jo. 573 leden 2 en 3 Sv (zie ook nr. 467). Hierin is bepaald dat de vervangende hechtenis ten uitvoer wordt – niet: kan worden – gelegd indien het verhaal van de betalingsverplichting niet mogelijk is of daarvan wordt afgezien.⁵⁵ Indien de betrokkene de hechtenis volledig ondergaat, komt de betalingsverplichting te vervallen (art. 24d lid 2 Sr).⁵⁶ De hechtenis treedt dan in de plaats van de betalingsverplichting. Indien de betrokkene gedurende de vervangende hechtenis de betalingsverplichting geheel voldoet, kan echter niet gezegd worden dat de dagen die in hechtenis zijn doorgebracht, daadwerkelijk ter vervanging hebben gediend.⁵⁷ De tweede volzin van art. 24d lid 2 Sr staat hieraan in de weg.

Vanuit het oogpunt van het karakter van de ontnemingsmaatregel is er in geen enkel geval sprake van een gelijkwaardig alternatief. Anders dan bij een geldboete staat bij de ontnemingsmaatregel niet de bedoeling om (financieel) leed toe te voegen voorop.⁵⁸ Het gaat erom dat er rechtsherstel plaatsvindt doordat aan de betrokkene wordt ontnomen wat hem rechtens niet toekomt. Het toepassen van hechtenis kan dat financiële rechtsherstel niet bewerkstelligen en is in dat opzicht geen alternatief voor de betalingsverplichting.⁵⁹ Het gaat, anders dan met betrekking

54 Zie omtrent de ontstaansgeschiedenis en de grondslag van de vervangende hechtenis nader J.M. Smits 1881, en voorts Rammelink 1996, p. 688-689, alsmede Noyon-Langemeijer-Rammelink (losb.), aant. 2 op art. 24c (suppl. 103). Het vervangende karakter van de hechtenis neemt uiteraard niet weg dat de dreiging van vrijheidsbeneming tevens het (gewenste) effect bewerkstelligt dat de veroordeelde zo dwang ondervindt om te betalen. Zie ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 191-192.

55 Zie over het afzien van verhaal nader Memorie van Toelichting, p. 42. Het valt op dat de minister in deze passage alleen naar het verhaal van de geldboete verwijst.

56 Ik wijs erop dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis niet alleen in het huis van bewaring kan plaatsvinden, maar bij een langere duur in de gevangenis geschiedt (art. 1 sub s, 9 lid 2 sub b, en 10 lid 1 Penitentiaire beginselenwet). Het penitentiair regime van het huis van bewaring is niet geschikt voor een langdurig verblijf. Zie Memorie van Toelichting, p. 41. Vgl. ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 194-195.

57 Hetzelfde geldt indien de betrokkene een deel van de betalingsverplichting voldoet en vervolgens de vervangende hechtenis volledig ondergaat.

58 Waarmee niet is gezegd dat deze bedoeling geheel ontbreekt. Zie nr. 101.

59 Zo ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 192, en Keulen 1999, p. 54. Vgl. voorts Doorenbos 1997, p. 103, en Nelen & Sabbe 1998, p. 210, maar ook Rb. Arnhem 27 juni 1995, JOW 1996, 67, en Rb. Almelo 2 juni 1997, JOW 1998, 45.

tot de geldboete, om ongelijke grootheden.⁶⁰ De keuze van de wetgever voor de *vervangende* hechtenis laat zich vanuit dit perspectief dan ook niet goed verklaren.

3.2.2 *De vervangende hechtenis als leedtoevoegende reactie wegens gebleken betalingsonwil*

535. Het gegeven dat de (primaïr) leedtoevoegende hechtenis in de plaats wordt gesteld van de (primaïr) op rechtsherstel gerichte betalingsverplichting lijkt tot op zekere hoogte wel te kunnen worden verklaard indien juist de leedtoevoeging als kenmerkend onderdeel van de vervangende hechtenis wordt beschouwd.⁶¹ In het niet-voldoen aan de betalingsverplichting kan een aanleiding worden gezien om een leedtoevoegende reactie – de hechtenis – te laten volgen. In de wetsgeschiedenis komt dit perspectief kort aan de orde in het Nader Rapport aan de Raad van State. De minister merkt daar op:

Met de vervangende hechtenis wordt (...) niet alleen beoogd te beschikken over een middel tot het afdwingen van financiële verplichtingen, maar daarin komt ook de afkeuring tot uiting van gedrag bestaande uit het opzettelijk niet-naleven van een rechterlijke veroordeling, hetgeen een vrijheidsberoving met een voor stafrechtelijk gedetineerden geldend regiem rechtvaardigt.⁶²

Hierin komt tot uitdrukking dat de vervangende hechtenis (mede)⁶³ beoogt een reactie te zijn op betalingsonwil (opzettelijk niet-betalen), terwijl de reactie zelf – vrijheidsberoving – in wezen niet verschilt van een vrijheidsstraf.

536. De vervangende hechtenis ligt hierdoor dicht aan tegen een (buitenwettelijke) strafbaarstelling van betalingsonwil. De gelijkenis wordt helemaal duidelijk indien men een blik werpt op de WED. Daarin treft men wel enkele stoffige⁶⁴ bepalingen

60 Bij de schadevergoedingsmaatregel, die is gericht op rechtsherstel vanuit het perspectief van de benadeelde, is ervoor gekozen om de betalingsverplichting niet te laten vervallen na het volledig ondergaan van de vervangende hechtenis (art. 36f lid 6 Sr). Ook hier is geen sprake van enige vervanging.

61 Dit tweede perspectief op de vervangende hechtenis heb ik reeds eerder uitgewerkt, toen aan de hand van de vraag welke betekenis het schuldbegrip heeft voor de ontnemingsmaatregel. Zie Borgers 1998b, p. 104-107.

62 Nader Rapport, p. 15. Deze opmerking is een reactie op de vraag van de Raad van State waarom de minister niet voor de figuur van gijzeling heeft gekozen. De minister voegt aan het geciteerde nog toe dat dit element – de afkeuring – ontbreekt bij de gijzeling. Dit laatste is betwistbaar. Zie nr. 539.

63 Over de vervangende hechtenis als dwangmiddel kom ik te spreken in paragraaf 3.2.3.

64 Afgaande op de gepubliceerde jurisprudentie hebben de hier besproken strafbaarstellingen een rustig bestaan, zeker met betrekking tot betalingsperikelen na oplegging van een ontnemingsmaatregel. Uitspraken hierover heb ik niet kunnen vinden.

aan die het opzettelijk niet-voldoen aan een ontnemingsmaatregel strafbaar stellen.⁶⁵ In art. 33 WED gaat het om het opzettelijk handelen of nalaten in strijd met (onder andere) een maatregel als vermeld in art. 8 WED. Daartoe behoort ook de ontnemingsmaatregel (art. 8 sub a WED).⁶⁶ Het opzettelijk niet-voldoen van de betalingsverplichting – waaronder mijns inziens is te verstaan het wel kunnen, maar niet willen betalen – is hiermee strafbaar gesteld. In de woorden van de regering betreft het hier '(...) een praktische bijdrage tot de vergroting van het aantal gevallen, waarin vrijwillig aan de verplichtingen, voortvloeiende uit straffen en maatregelen, wordt voldaan.'⁶⁷

In art. 34 WED is het frustreren van het verhaal strafbaar gesteld, waarbij het gaat om het opzettelijk onttrekken van vermogensbestanddelen aan verhaal of tenuitvoerlegging van een krachtens de WED opgelegde sanctie. Deze strafbaarstelling impliceert dat de betrokkene wel over vermogen beschikt en in die zin ook zou kunnen betalen, maar daarentegen zijn vermogen verplaatst. Daaruit blijkt dat hij niet wil betalen. Overtreding van deze bepalingen kan leiden tot een gevangenisstraf van maximaal twee jaar of een geldboete van de vierde categorie (art. 1 sub 5 jo. art. 2 lid 5 jo. 6 lid 1 sub 2 WED).⁶⁸

Hollander heeft de strafbaarstellingen van art. 33 en 34 WED in verband gebracht met het instituut *contempt of court*.⁶⁹ Hoewel het Nederlandse strafrecht de strafbaarstelling hiervan als zodanig niet kent,⁷⁰ lijkt mij die associatie juist.⁷¹

65 Zie uitgebreid over deze bepalingen Hollander 1952, p. 149-153, en Keulen 1995, p. 224-229.

66 Art. 8 sub a WED verwijst naar de maatregelen zoals die in het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen. Hierdoor zou de indruk kunnen ontstaan dat ook het niet-voldoen van (ontnemings)maatregelen die zijn opgelegd op grond van gedragingen die elders strafbaar zijn gesteld dan in de WED, onder art. 33 WED vallen. Dat is naar mijn mening niet het geval. Oorspronkelijk omvatte art. 8 WED een afzonderlijke opsomming van maatregelen. Bij de vervanging van deze opsomming door een verwijzing naar het Wetboek van Strafrecht, hetgeen heeft plaatsgevonden met de invoering van de Wet vermogenssancties, heeft de wetgever deze consequentie met betrekking tot art. 33 WED niet onder ogen gezien. Een redelijke wetsinterpretatie is mijns inziens dat art. 33 WED alleen toeziet op maatregelen die zijn opgelegd wegens het begaan van feiten die in de WED strafbaar zijn gesteld.

67 Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 23.

68 Oplegging van een geldboete lijkt, gelet op de betalingsonwil, overigens niet heel zinvol. Het opleggen van een ontnemingsmaatregel is in beginsel mogelijk, maar het niet-voldoen van de betalingsverplichting levert op zich geen voordeel op. Het geheel wordt gecompenseerd door art. 35 WED waarin onder andere wordt bepaald dat rechtshandelingen in strijd met art. 33 en 34 WED nietig zijn. Deze bepaling kan worden gezien als de voorloper van art. 94d leden 1 en 2 Sv. Zie ook Keulen 1995, p. 230 (noot 233).

69 Hollander 1952, p. 43, 152.

70 Al kunnen er wel bepalingen worden aangewezen die als strafbaarstelling van specifieke gevallen van *contempt of court* kunnen worden opgevat. Zie bijvoorbeeld art. 140 lid 2 Sr (deelname aan een door de rechter verboden rechtspersoon) en art. 195 Sr (uitoefening van een door de rechter ontnomen recht). Zie voorts het overzicht bij Keijzer 2000, p. 16 (noot 47).

71 Zie ook Keijzer 2000, p. 16 (noot 47 *in fine*). Vgl. ook Memorie van Antwoord, p. 31, waar de minister in relatie tot de uitbreiding van de mogelijkheden om conservatoir beslag te leggen opmerkt dat de grondslag van het verhaal niet ligt in '(...) het financiële belang dat "de staat" daarbij zou kunnen hebben, maar [in] de rechterlijke beslissing tot oplegging van een bepaalde vermogenssanctie.'

De veroordeelde is op grond van de opgelegde sanctie verplicht een bepaalde prestatie (bijvoorbeeld: betaling van een bedrag) te leveren, die verplichting vloeit voort uit een rechterlijke veroordeling en het niet-voldoen van die verplichting vormt een obstructie van de rechtspleging. Daarnaast getuigt het niet van eerbied voor het gezag van de rechterlijke macht.⁷²

537. De vervangende hechtenis en de strafbaarstelling van betalingsonwil liggen, als gezegd, dicht tegen elkaar aan. Art. 33 en 34 WED laten dit zien. In beide gevallen moet de dreiging van vrijheidsbeneming de betrokkene stimuleren tot voldoening van de betalingsverplichting over te gaan, terwijl het opzettelijk nalaten daarvan – waaronder ook het opzettelijk frustreren van het verhaal – daadwerkelijk leidt tot die vrijheidsbeneming. Ook de ratio van de vervangende hechtenis, zoals dat in het citaat in nr. 535 naar voren komt, en de grondslag van de strafbaarstellingen van art. 33 en 34 WED verschillen niet wezenlijk.⁷³

Hiermee is echter niet gezegd dat art. 24d Sr uitsluitend moet worden opgevat als een strafbaarstelling zonder wettelijke grondslag. Bij de vervangende hechtenis bestaat de mogelijkheid om de vrijheidsbeneming te doen eindigen door alsnog te betalen, een mogelijkheid die bij een strafbaarstelling ontbreekt. Een ander verschil is dat na het volledig ondergaan van de vervangende hechtenis de betalingsverplichting komt te vervallen, terwijl bestraffing van de betalingsonwil dat effect niet heeft.⁷⁴ Deze verschillen doen echter geen afbreuk aan de constatering dat het mogelijk is om in die gevallen dat de betrokkene de vervangende hechtenis daadwerkelijk ondergaat, deze tenuitvoerlegging mede te begrijpen als een leedtoevoegende reactie, bestaande uit vrijheidsontneming,

72 Met betrekking tot art. 34 WED spreekt de Memorie van Toelichting, TK 1947-1948, 603, nr. 3, p. 23, over '(...) handelingen, welke het gezag ondergraven (...)'. Zie omtrent de betekenis van *contempt of court* nader Keijzer 2000, p. 7-15. Op p. 10 wijst hij er overigens op dat *contempt* bestaande uit het niet-nakomen van een rechterlijke uitspraak doorgaans niet met vrijheidsbeneming wordt bedreigd. Zie ook hierna noot 80. Ik wijs er verder op dat bij vermogensdelicten, het respect voor het openbaar gezag soms tot de beschermde belangen behoort. Zie met betrekking tot de bankbreuk-delicten Keulen 1990, p. 33-34, en Hilverda 1999, p. 70-71. In Boek 2, Titel VIII van het Wetboek van Strafrecht – misdrijven tegen het openbaar gezag – hebben art. 198 Sr en in mindere mate ook art. 194 Sr betrekking op situaties waarin men bepaalde financiële verplichtingen niet wil nakomen.

73 In deze gelijkenis ligt voor Keulen 1995, p. 225, dan ook reden om te betwijfelen of art. 33 WED nog wel bestaansrecht heeft naast de mogelijkheid van vervangende hechtenis. Ik wijs er volledigheidshalve op dat het niet-nakomen van de WED-ontnemingsmaatregel oorspronkelijk niet kon leiden tot tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis.

74 Vgl. ook Keulen 1995, p. 229. Met name voor de betrokkene zal het verval van de betalingsverplichting vermoedelijk geen wezenlijke afbreuk doen aan de beleving van de vervangende hechtenis als straf. Het onderscheid tussen een 'echte' straf en de vervangende hechtenis is daarvoor te subtiel. Vgl. omtrent het belevingsperspectief ook nr. 101.

welke verband houdt met het verwijt dat men niet heeft voldaan aan de betalingsverplichting.⁷⁵

3.2.3 De vervangende hechtenis als pressiemiddel (gijzeling)

538. Een rechtsfiguur bestaande uit het toepassen van vrijheidsbeneming teneinde een bepaalde verplichting af te dwingen, is de gijzeling. Deze rechtsfiguur, die ook wel lijfswang wordt genoemd, komt in verschillende rechtsgebieden voor, waaronder het burgerlijk procesrecht, het belastingrecht (de belastinginvordering), het faillissementsrecht en de wet-Mulder.⁷⁶ Het strafprocesrecht kent eveneens de gijzeling, en wel van onwillige getuigen (art. 221-225 Sv). De vervangende hechtenis kan niet los worden gezien van deze rechtsfiguur, aangezien de minister in de parlementaire stukken meermalen verwijst naar de pressie die van (de mogelijkheid van tenuitvoerlegging van) de vervangende hechtenis moet uitgaan.⁷⁷

539. De gijzeling neemt binnen het pakket van executiemaatregelen die genomen kunnen worden (waarvan het leggen van beslag de meest voorkomende is), de positie in van het laatste redmiddel.⁷⁸ Indien de schuldenaar volhardt in het niet-nakomen van een op hem rustende verplichting en andere executiemaatregelen geen of onvoldoende effect hebben, kan de executant door middel van vrijheidsbeneming – en daaraan voorafgaand de dreiging daarmee – trachten de schuldenaar alsnog de verplichting na te laten komen.⁷⁹ De gijzeling is derhalve een pressiemiddel met ingrijpende consequenties voor de schuldenaar. Dit wordt gerechtvaardigd geacht omdat het niet-nakomen als een onacceptabele gedraging heeft te gelden, zowel ten opzichte van de executant als het openbaar gezag.⁸⁰ In die zin draagt de gijzeling, vanwege de ingrijpendheid, ook een zeker bestraffend element in zich.

De toepassing van de gijzeling vanwege het niet-voldoen van een geldschuld is een uitzondering. De rechtsvorderlijke regeling laat dit alleen toe voor zover het gaat om vergoedingen voor levensonderhoud, uitkeringen voor de huishouding

75 Enigszins anders: Keulen 1999, p. 55. De vervangende hechtenis heeft zijns inziens geen 'belangrijk vergeldend element', maar 'slechts een afkeurend aspect'.

76 Zie respectievelijk art. 149, 199, 585-611, 772 lid 4, 839 Rv, art. 20 lid 1 Inv. (dat de rechtsvorderlijke regeling van toepassing verklaart), art. 87-90 Fw, en art. 28 Wvhw.

77 Nader Rapport, p. 15. Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 22, en Handelingen TK 4 juni 1992, p. 5205.

78 Zie over de gijzeling in het civiele recht: H.J. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, nr. 456, en Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 274-279, in de Wet Mulder: Rogier 1997, p. 194-201, alsmede Barels 1999, p. 67-68, en bij de invordering van belastingsschulden: Vetter & Wattel 2000, 165-166.

79 Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 276. Vgl. ook Rogier 1997, p. 196-197.

80 Zie met name Oudelaar 1996, p. 22, en voorts Keijzer 2000, p. 10. De laatste wijst erop dat het niet-nakomen van een rechterlijk bevel of verbod als *civil contempt* (een categorie van *contempt of court*) kan gelden, waarbij de sanctie veelal bestaat uit gijzeling, dwangsom of beslag.

en verhaal van kosten van bijstand.⁸¹ Gijzeling is daarnaast mogelijk met betrekking tot belastingschulden en boetes op grond van de wet-Mulder. De maximale duur van de gijzeling in de diverse regelingen varieert. Het gaat om één week (art. 28 lid 1 Wahv), drie maanden (art. 598c Rv), en één jaar (art. 20 lid 1 Inv., en art. 591 Rv).⁸² Komt de schuldenaar tijdens de gijzeling zijn verplichting na, dan dient de gijzeling te eindigen. Indien de schuldenaar in gebreke blijft, is na afloop van de gijzeling de verplichting niet komen te vervallen. De gijzeling vervangt de verplichting niet.⁸³

540. Gijzeling is alleen mogelijk met verlot van de rechter.⁸⁴ Deze mag de gijzeling niet toestaan indien de schuldenaar buiten staat is om aan de op hem rustende verplichting te voldoen. Er moet derhalve sprake zijn van *onwil* tot nakoming.⁸⁵ Gelet op de ratio van de gijzeling – pressie uit oefenen om de verschuldigde prestatie te verrichten – is dit ook een logisch gegeven. Het is zinloos pressie uit te oefenen indien nakoming onmogelijk is. Indien er sprake is van onmacht, kan, althans voor wat betreft de rechtsvorderlijke regeling, niettemin de gijzeling worden toegestaan indien de schuldenaar het aan zichzelf heeft te wijten dat hij niet kan nakomen.⁸⁶ Om welke gevallen het hierbij precies gaat, is niet heel duidelijk. Allereerst kan de onmacht tot nakoming verband houden met een schijnconstructie, waarbij de schuldenaar zich formeel van zijn vermogen ontdoet maar in feitelijke zin daar de beschikking over houdt. De gijzeling kan dan nog wel als prikkel

81 Zie art. 585-587, 598a Rv, Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 279, en Lenters 1999, p. 98-99. Een pressiemiddel dat in de praktijk wordt gehanteerd bij de niet-betaling van geldschulden, is het doen van een faillissementsaanvraag.

82 De faillissementsgijzeling wordt voor dertig dagen toegestaan, maar kan telkens met dertig dagen worden verlengd (art. 87 lid 3 Fw). Er is geen maximum. Een soortgelijke regeling geldt voor de gijzeling van getuigen in het strafproces, zij het dat daarvoor de termijn telkens 12 dagen betreft (art. 222 Sv).

83 In de Wahv is dit expliciet bepaald in art. 28 lid 4. Rogier 1997, p. 199-200, stelt dat het niet-vervallen van de betalingsverplichting bij de Wahv-gijzeling wellicht in strijd is met het oordeel van het EHRM in de zaak *Jamil* (uitspraak van 8 juni 1995, Series A vol. 320, NJ 1996, I, m.nt. Kn). Naar mijn mening is dit niet het geval. Het oordeel van het hof heeft enkel betrekking op de vraag in hoeverre een gijzeling kan worden opgevat als 'penalty' in de zin van art. 7 EVRM. Dit is van belang voor de mogelijk terugwerkende kracht van de gijzeling, maar het heeft geen consequenties voor het bestaansrecht van de gijzeling. Zie over de uitspraak in de zaak *Jamil* ook nr. 132.

84 Zie art. 588, 598b Rv, art. 28 lid 2 Wahv, en art. 20 lid 1 Inv.

85 Vetter & Wattel 2000, p. 166.

86 Art. 589a lid 1 Rv spreekt over de schuldenaar '(...) die zich opzettelijk buiten staat heeft gesteld aan zijn verplichting te voldoen (...)', en art. 598f sub 3 Rv schrijft voor dat geen verlot tot gijzeling wordt verleend bij 'niet toerekenbare onmacht'. Ingevolge art. 611 lid 3 Rv kan bij een kort geding tot opheffing van de gijzeling geen beroep worden gedaan op betalingsonmacht, indien de schuldenaar '(...) met het oog op de tenuitvoerlegging van het vonnis of zelfs voor de veroordeling met het oog op het tegen hem te wijzen vonnis (...) zich buiten staat tot nakoming heeft gesteld. Zie voorts Oudelaar 1996, p. 21, 22-23, en Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 275, 279. Vgl. ook HR 2 februari 1990, NJ 1991, 290, en HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 122.

werken om na te komen.⁸⁷ De wet lijkt het echter ook toe te staan dat de gijzeling in gevallen wordt toegepast waarin nakoming werkelijk niet meer mogelijk is, terwijl dat geheel te wijten aan de gedragingen van de schuldenaar zelf. In de laatste gevallen kan de gijzeling niet meer als dwangmiddel worden opgevat, maar heeft het uitsluitend een bestraffende werking.⁸⁸

541. De gijzeling verenigt elementen in zich die ook met betrekking tot de vervangende hechtenis relevant zijn. Beide rechtsfiguren zijn erop gericht pressie op de schuldenaar (de betrokkene) uit te oefenen om tot betaling over te gaan, al kan aan beide een zekere bestraffende werking niet worden ontzegd. Daarnaast leidt het (volledig) voldoen van de verplichting tot de beëindiging van de gijzeling dan wel de vervangende hechtenis. Er is echter ook een belangrijk verschil. Het volledig ondergaan van de vervangende hechtenis leidt tot het verval van de betalingsverplichting, terwijl de gijzeling de verplichting in stand laat. Daarnaast is er een aanzienlijk verschil in de maximale duur. Beide rechtsfiguren kunnen daarom niet zonder meer op één lijn worden gesteld.

542. In de wetsgeschiedenis van de ontnemingswetgeving is de gijzeling besproken als mogelijk alternatief voor de vervangende hechtenis.⁸⁹ De minister verwerpt deze optie om verschillende redenen, die echter niet heel veel duidelijkheid scheppen.⁹⁰ Ik licht dit toe. Allereerst zou de keuze voor de gijzeling consequenties moeten hebben voor de vervangende hechtenis bij de geldboete. Waarom dit noodzakelijk zou zijn, blijft onvermeld. De minister had er bijvoorbeeld op kunnen wijzen dat de ratio's van de geldboete en de hechtenis dicht bij elkaar liggen, met betrekking tot bij de ontnemingsmaatregel het geval is. Verder stelt de minister dat een verschil daarin is gelegen dat met de vervangende hechtenis ook de afkeuring tot uiting komt wegens het niet-naleven van een rechterlijke veroordeling.⁹¹ Het lijkt mij echter moeilijk vol te houden dat een dergelijke afkeuring geen enkele rol speelt bij de gijzeling.

Een ander verschil dat de minister aanwijst, is het verval van de betalingsverplichting na het ondergaan van de vervangende hechtenis terwijl bij de gijzeling de verplichting in stand blijft. Waarom het eerste het meest wenselijk is, laat hij echter onvermeld. Voor het overige duidt de minister op verschillende praktische

87 In deze zin Jongbloed in T & C Rv 1996, aant. 2 op art. 598f, en aant. 3 op art. 611. Vgl. ook Stein in: Asser e.a. (losbl.), aant. 1 op art. 611 (suppl. 203).

88 Zie Oudelaar 1996, p. 21, en Lenters 1999, p. 96-97.

89 De aanleiding daarvoor is gelegen in het Advies van de Raad van State, p. 14, waar de raad, onder verwijzing naar de mogelijkheid van gijzeling bij de invordering van belastingschulden, vraagt waarom voor de ontnemingsmaatregel niet hetzelfde instrument is gekozen.

90 Zie Nader Rapport, p. 15, en Memorie van Toelichting, p. 41.

91 Zie het citaat in nr. 535.

aspecten die in enkele aanvullende bepalingen eenvoudig zouden kunnen zijn ondervangen. Het gaat daarbij om de maximale duur van de vrijheidsbeneming, de vaststelling van die duur door de rechter en het verschil in penitentiair regime.

Uit het voorgaande volgt dat het onduidelijk is of de minister ook principiële redenen heeft gezien om te kiezen voor de huidige regeling van de vervangende hechtenis van art. 24d Sr in plaats van een mogelijkheid tot gijzeling.⁹² Interessant in dit kader is dat er binnen het Openbaar Ministerie consensus lijkt te bestaan dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis alleen wenselijk is indien er sprake is van betalingsonwil.⁹³ Dit komt ook steeds tot uitdrukking in het daaromtrent gepubliceerde beleid.⁹⁴ Daarin wordt de vervangende hechtenis, naar gelijkenis van het belangrijkste doel van de gijzeling, opgevat als een middel om de betrokkene te bewegen tot betaling in die gevallen waarin hij daartoe in staat wordt geacht.⁹⁵

3.3 *Het meerduidige karakter van de vervangende hechtenis*

543. De beschouwing over het karakter van de vervangende hechtenis vanuit de verschillende perspectieven kan niet leiden tot een eenduidige omschrijving van dat karakter. De oorzaak daarvan is dat de wetgever heeft gekozen voor een vorm die niet goed bij de inhoud past. Gebleken is dat er geen sprake is van een werkelijk *vervangende* sanctie, terwijl de wetgever wel voor die vorm heeft gekozen. De vervangende hechtenis leidt er niet toe dat in de plaats van de betalingsverplichting, die tot doel heeft rechtsherstel in financiële zin te bewerkstelligen, een andere sanctie wordt gesteld met een vergelijkbaar doel. De vervangende hechtenis richt zich veeleer op de wijze waarop de betrokkene in de executoriale fase met die betalingsverplichting omspringt. Het gaat er enerzijds om dat de betrokkene tot betaling wordt aangezet, terwijl anderzijds de hechtenis kan worden begrepen als

92 Die mogelijkheid was wel reeds voorgesteld door Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 192. Zie voor wat betreft de vervangende hechtenis van art. 36f lid 6 Sr ook Groenhuijsen 1989, p. 748. Inmiddels bestaat er op legislatief niveau een voornemen om alsnog in een mogelijkheid van (een bijzondere variant van) gijzeling te voorzien. Zie hierover paragraaf 5 van dit hoofdstuk.

93 Zie Keijser-Ringnalda 1996, p. 16-18, Nelen & Sabee 1996, p. 36-37, Punt 1997b, p. 299, en Nelen & Sabee 1998, p. 202, 210.

94 Executierichtlijn ontnemingsmaatregelen parketten en politie, Stcrt. 1995, nr. 246, bepaling 15 sub b, Executiebeleid ontnemingsmaatregelen, Stcrt. 1995, nr. 246, bepaling 16 sub b, Herziening uitgave executierichtlijn ontnemingsmaatregelen parketten en politie, Stcrt. 1997, nr. 50, bepaling 15 sub b, Herziening executiebeleid ontnemingsmaatregelen, Stcrt. 1997, nr. 50, bepaling 16 sub b, welke inmiddels zijn vervangen door Aanwijzing executie boeten, maatregelen en (vervangende) vrijheidsstraffen, Stcrt. 1999, nr. 142, paragraaf 5.4.2. Zie ook Ontnemingsrichtlijn (oud en herzien), Stcrt. 1997, nr. 37, en Stcrt. 1997, nr. 223, Stcrt. 1998, nr. 8, par. IX, en Aanwijzing ontneming, Stcrt. 1998, nr. 164, par. 'Executie'.

95 Zie Keijser-Ringnalda 1996, p. 16: 'Zoals de civiele gijzeling is de vervangende hechtenis geen doel op zich, maar een middel tot een doel.' Deze auteur ziet overigens wel over het hoofd, evenals Doorenbos 1997, p. 100-101, en De Doelder & Mul 1997, p. 249, dat de gijzeling onder omstandigheden niet als pressiemiddel werkt, maar als een straf. Zie nr. 540.

een leedtoevoegende reactie op het niet-betalen. Een absolute tegenstelling is dit niet. Juist het ingrijpende, leedtoevoegende karakter van de vervangende hechtenis brengt met zich mee dat er van deze rechtsfiguur een stimulerende werking uitgaat om de betalingsverplichting te voldoen.

De wettelijke regeling laat zich hierdoor alleen goed begrijpen indien men deze meerduidigheid van het karakter van de vervangende hechtenis voor ogen houdt. Die regeling is ten dele toegesneden op de gedachte dat de vrijheidsbeneming de betalingsverplichting vervangt. Dit blijkt met name uit de vanzelfsprekendheid waarmee het wettelijke systeem de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis bij het niet-voldoen van de betalingsverplichting lijkt toe te staan, evenals het voorschrift dat de betalingsverplichting komt te vervallen indien de vervangende hechtenis volledig wordt ondergaan. Daar staat tegenover dat de vervangende hechtenis niet in duur vermindert bij een gedeeltelijke voldoening van de betalingsverplichting, en dat de betalingsverplichting niet evenredig wordt verminderd met het deel van de vervangende hechtenis dat al is ondergaan. Dit voorschrift laat zich veel beter verklaren vanuit de pressie die van de vervangende hechtenis moet uitgaan. Op dezelfde gedachte is ook het executiebeleid van het Openbaar Ministerie gebaseerd.

544. De meerduidigheid van het karakter van de vervangende hechtenis geeft tevens aanleiding voor kritiek op de huidige regeling. Doordat de regeling op verschillende kenmerken is gebaseerd, zijn er inconsistenties aan te wijzen. Zo is het vooral onduidelijk in hoeverre de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis gebaseerd moet zijn op de mogelijkheid dat de betrokkene alsnog in staat is om de betalingsverplichting te voldoen. De wet schrijft dit niet als voorwaarde voor. Het perspectief van de leedtoevoegende reactie op *gebleken* betalingsonwil behelst een reactie op een gedraging die reeds heeft plaatsgevonden en veronderstelt als zodanig niet het bestaan van een mogelijkheid om alsnog te voldoen. Wat men de vervangende hechtenis op als een variant van de gijzeling, dan veronderstelt men het bestaan van een mogelijkheid tot nakoming, al lijkt de rechtsvorderlijke regeling wel enige ruimte te bieden voor het toepassen van de gijzeling als straf vanwege het verwijtbaar veroorzaken van betalingsonmacht. De verschillende perspectieven leiden zodoende tot verschillende interpretaties.

Gaat men ervan uit dat er voor de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis sprake moet zijn van betalingsonwil, dan is een probleem dat in de wet niet wordt voorgeschreven dat er op enigerlei moment een toets van de aanwezigheid van die betalingsonwil plaatsvindt.⁹⁶ In het strafrechtelijk systeem is dit geen vanzelfsprekendheid. Bij bijvoorbeeld de tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke

96 Wel staat het de betrokkene vrij een verzoek tot herziening in de zin van art. 577b lid 2 Sv te doen. Zie daaromtrent paragraaf 4 van dit hoofdstuk.

straf is een rechterlijke toets van het overtreden van de voorwaarde(n) verplicht voorgeschreven, waarbij tevens de mogelijkheid bestaat de duur van het voorwaardelijke gedeelte aan te passen aan de actuele omstandigheden (art. 14g lid 1 Sr).⁹⁷

3.4 *Het normatieve element in het karakter van de vervangende hechtenis*

545. De beschouwing van het karakter van de vervangende hechtenis heeft tot nu toe plaatsgevonden op een descriptief niveau. Ik heb aangegeven op welke verschillende manieren dat karakter kan worden beschreven. Het is daarnaast mogelijk om één van de besproken perspectieven aan te wijzen als het kader waarbinnen de interpretatie van de vervangende hechtenis (zo veel mogelijk) *zou moeten* plaatsvinden. Evenals aan het karakter van de ontnemingsmaatregel naar mijn mening een normatieve werking kan worden toegekend, is het mogelijk om de regeling van de vervangende hechtenis zoveel mogelijk vanuit één bepaalde doelstelling te interpreteren.

Deze normatieve benadering zou naar mijn mening moeten bestaan uit het vooropstellen van het pressie-element. Dat betekent dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis alleen passend is in die gevallen waarin de betrokkene wel *kan* maar niet *wil* betalen, terwijl tevens het verhaal van de ontnemingsmaatregel langs een andere, minder ingrijpende weg niet haalbaar blijkt te zijn. Concreet betekent dit dat de vervangende hechtenis bestemd is voor betrokkenen die hun vermogen op één of andere wijze veiligstellen. Dat kan bijvoorbeeld door het toepassen van schijnconstructies of het verplaatsen van het geld naar buitenlandse oorden waarmee internationale samenwerking niet of in onvoldoende mate mogelijk is, waardoor het verhaal van de ontnemingsmaatregel wordt gefrustreerd.⁹⁸

546. De keuze voor het pressie-element als het normatieve element van het karakter van de vervangende hechtenis berust op twee argumenten. Ten eerste, hoewel in de parlementaire stukken bepaald geen consistente visie op het karakter van de vervangende hechtenis wordt ontvouwd, geeft de minister wel aan dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis veronderstelt dat de nakoming van de betalingsverplichting niet onmogelijk is.⁹⁹ Daaruit kan worden afgeleid

⁹⁷ Vgl. Bleichrodt 1996, p. 160.

⁹⁸ Voor alle duidelijkheid: het gaat hierbij niet alleen om het veiligstellen van het wederrechtelijk verkregen voordeel, maar ook om andere vermogensbestanddelen. De ontnemingsmaatregel mag immers worden verhaald op het gehele vermogen van de betrokkene. Zie art. 3:276 BW, Memorie van Toelichting, p. 16, HR 31 maart 1998, NJ 1998, 575, en daarover Borgers 1999, p. 52-60.

⁹⁹ Op Memorie van Toelichting, p. 40, voegt de minister aan de opmerking dat bij een betalingsverplichting van meer dan f 100.000 een vervangende hechtenis van één jaar onvoldoende afschrikwekkend is, toe: '(...) aangenomen dat hij [de betrokkene; MJB] daartoe in staat moet worden geacht.' In de Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 22, stelt de minister: 'En tenslotte moet worden

dat betalingsonmacht in de weg behoort te staan aan die tenuitvoerlegging. Ten tweede, het pressie-element laat zich van alle opties nog het beste verenigen met het karakter van de ontnemingsmaatregel.¹⁰⁰ Het afdwingen van de betalingsverplichting levert immers enkel een bijdrage aan het beoogde rechtsherstel, indien dat herstel (betaling) feitelijk mogelijk is.

547. Naast deze twee argumenten kan worden gewezen op art. 5 lid 1 EVRM. Deze bepaling kent een limitatieve opsomming van gronden waarvoor vrijheidsbeneming is toegestaan. Voor wat betreft de vervangende hechtenis komen op het eerste gezicht de gronden van art. 5 lid 1 sub a en b EVRM in aanmerking. Het gaat daarbij om detentie 'na veroordeling door een daartoe bevoegde rechter' (sub a) en detentie 'wegens het niet-naleven van een overeenkomstig de wet door een gerecht gegeven bevel of teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren' (sub b). De eerste grond sluit aan bij het gegeven dat de vervangende hechtenis door de rechter wordt bevolen in dezelfde uitspraak als die waarin de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd.¹⁰¹ De tweede grond sluit aan bij het doel van de vervangende hechtenis, het verzekeren van de nakoming van de betalingsverplichting. De minister gaat er dan ook van uit dat de regeling van art. 24d Sr onder zowel sub a als sub b van art. 5 lid 1 EVRM valt.¹⁰²

Het is echter van belang om één van beide gronden aan te wijzen als de grondslag voor de vervangende hechtenis. De reden daarvoor is dat uit de Straatsburgse jurisprudentie van met name de ECRM nadere voorwaarden blijken voor de toepassing van een detentie die onder art. 5 lid 1 sub b EVRM valt. Naar mijn mening moet de vervangende hechtenis tot deze categorie worden gerekend. Uit de wetsgeschiedenis kan immers worden afgeleid dat de minister het oog heeft op het uitoefenen van pressie op de betrokkene in gevallen waarin hij tot betaling

vastgesteld, dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis achterwege zal dienen te blijven indien de veroordeelde werkelijk niet in staat is aan zijn verplichtingen te voldoen. Rechtens kan tot het onmogelijk niet worden gedwongen.'

100 Vgl. ook A-G Meijers in zijn conclusie voor HR 3 oktober 1995, NJ 1996, 94, JOW 1996, 9, Keijser-Ringnald 1994, p. 81, Keijser-Ringnald 1996, p. 16, en De Doelder & Mul 1997, p. 249. Andere auteurs nemen op dit specifieke onderdeel geen standpunt in, maar noemen de gijzeling wel als wenselijk alternatief voor de vervangende hechtenis. Zie Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 192, Keulen 1999, p. 58-59, en Bleichrodt 2000, p. 145. Keijser-Ringnald 1996, p. 18, doet daarnaast nog de suggestie dat de rechter in zijn uitspraak reeds aangeeft dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis alleen in aanmerking komt 'bij gebleken onwil tot betaling en gebreke van verhaal'.

101 Keulen 1999, p. 56, brengt hier tegen in dat het twijfelachtig is of er sprake is van een 'conviction'. Naar mijn mening is dit wel het geval. Een 'conviction' veronderstelt "a 'finding of guilt' after 'it has been established in accordance with the law that there has been an offence' and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty". Zie EHRM 27 mei 1982, Series A vol. 50, overweging 35 (Van Droogenbroeck), en voorts Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 351-353. De ontnemingsmaatregel, met inbegrip van het bevel tot vervangende hechtenis, wordt opgelegd nadat de rechter heeft vastgesteld dat de betrokkene één of meerdere strafbare feiten heeft begaan.

102 Memorie van Toelichting, p. 60.

in staat moet worden geacht. Daarnaast duidt ook het voorschrift dat de vrijheidsbeneming pas komt te vervallen op het moment dat de betalingsverplichting geheel is voldaan, op de bedoeling pressie uit te oefenen om na te komen.¹⁰³

Voor de toepassing van een detentie die onder art. 5 lid 1 sub b EVRM valt, is het vereist dat het gaat om een specifiek omschreven verplichting. Uit de tekst van art. 5 lid 1 sub b EVRM blijkt niet of de reden waarom een dergelijke verplichting niet wordt nagekomen, relevant is. De ECRM heeft evenwel overwogen dat het niet in overeenstemming is met de ratio van art. 5 lid 1 sub b EVRM, indien genoegzaam wordt genomen met de enkele constatering dat de detentie als doel heeft om nakoming van een verplichting te verzekeren:

In the Commission's opinion the person concerned must normally have had a prior opportunity to fulfil the "specific and concrete" obligation incumbent on him and have failed, *without proper excuse*, to do so before it can be said in good faith that his detention is "in order to secure the fulfilment" of the obligation.¹⁰⁴

De recursieve woorden duiden op een belangrijk element van een detentie van art. 5 lid 1 sub b EVRM. Juist omdat de detentie zijn grondslag vindt in het verzekeren van de nakoming, moet die nakoming ook mogelijk zijn. De detentie is gericht op het afdwingen van een prestatie,¹⁰⁵ zodat een 'proper excuse' er uit moet bestaan dat de betrokkene niet in staat is om de verplichting na te komen.¹⁰⁶ Aan art. 5 lid 1 EVRM kan zodoende een argument worden ontleend om aan de vervangende hechtenis in normatief opzicht het karakter van een pressiemiddel toe te kennen.¹⁰⁷

548. De duiding van het pressie-element als het normatieve element van de vervangende hechtenis laat zich op twee manieren operationaliseren. Allereerst

103 In vergelijkbare zin Keulen 1999, p. 56. Zie voorts ECRM 7 juli 1977, D&R 8 (1977), p. 42-50, overweging 3 (Airey), waarin een vervangende hechtenis bij een geldboete onder art. 5 lid 1 sub b EVRM wordt geschaard, en Boone 1999, p. 904.

104 ECRM 18 maart 1981, D&R 25 (1982), p. 15-59, overweging 173-175 (Mc Veigh e.a.) (citaat in overweging 175, cursivering toegevoegd). Zie ook ECRM 8 mei 1987, Series A vol. 148, overweging 75 (Ciulla).

105 Vgl. EHRM 2 oktober 1980, Series A vol. 39, overweging 101 (Guzzardi). Het hof geeft hier aan de woorden 'to secure the fulfilment' de uitleg 'to compel (...) to fulfil' (cursivering toegevoegd).

106 Zo ook Keulen 1999, p. 56. In art. 1 van het Vierde Protocol bij het EVRM wordt expliciet de mogelijkheid van vrijheidsbeneming uitgesloten vanwege (overwegend) onmacht tot nakoming, maar deze bepaling beperkt zich tot contractuele verplichtingen. Zie in dit verband HR 6 oktober 1998, NJ 1998, 880, JOW 1999, 1. In hoeverre deze verdragsbepaling als een verdergaande beperking van de mogelijkheid tot vrijheidsneming dan wel als een concretisering van art. 5 lid 1 sub b EVRM moet worden opgevat, is onduidelijk. Gelet op het in de hoofdttekst verdedigde, gaat het naar mijn mening om een concretisering. In die zin vermoedelijk ook Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 666.

107 Vgl. ook Hof Amsterdam 21 januari 1999, NJ 1999, 488, JOW 2000, 26.

kan worden onderzocht welke consequenties deze duiding heeft voor de interpretatie van het geldende recht. Het gaat daarbij niet zozeer om de voorschriften die in art. 24d Sr zijn opgenomen – die bieden niet veel ruimte tot nadere uitleg –, maar veel meer om de voorschriften die betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis. Ik werk dit in de volgende paragraaf uit aan de hand van de draagkrachtproblematiek. In die context speelt het argument dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel tot de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis kan leiden, ook al is de betrokkene niet in staat deze te voldoen, expliciet een rol. Daarnaast kan men bezien of het mogelijk is de wettelijke regeling van de vervangende hechtenis dusdanig aan te passen dat het pressie-element meer naar voren komt. In dat kader is het voornemen van de minister om de vervangende hechtenis af te schaffen en daarvoor in een mogelijkheid van gijzeling te voorzien, interessant. In paragraaf 5 ga ik hier nader op in.

4 Vervangende hechtenis en draagkrachtperikelen

549. In het vorige hoofdstuk ben ik ingegaan op de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin een matigingsplicht naar voren komt voor gevallen waarin de draagkracht van de betrokkene thans en in de toekomst ontbreekt. Uit de motivering van de Hoge Raad blijkt dat deze matigingsplicht samenhangt met het gebrek aan rechterlijke controle in de executorialle fase, waardoor er onvoldoende garanties bestaan dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis niet bij een betalingsonmachtige betrokkene plaatsvindt. Het belangrijkste obstakel lijkt daarbij het *novum*-vereiste van art. 577b lid 4 Sv te zijn. Bij een nadere beschouwing van de motivering van de Hoge Raad is gebleken dat hij ervan uitgaat dat het Openbaar Ministerie verplicht is de vervangende hechtenis ten uitvoer te leggen in die gevallen dat de betalingsverplichting niet wordt voldaan en ook niet kan worden verhaald (zie nr. 466-469).

Gelet op de beschouwing over het karakter van de vervangende hechtenis rijst de vraag of de redenering van de Hoge Raad sluitend is. Het pressie-element als normatief element zou er ook toe kunnen leiden dat aan de relevante wettelijke bepalingen een zodanige uitleg wordt gegeven dat er wel voldoende rechtsbescherming voor de betrokkene bestaat met betrekking tot de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis.

550. Art. 577b lid 1 jo. art. 573 lid 3 Sv schrijft voor dat het Openbaar Ministerie de vervangende hechtenis ten uitvoer legt indien de betrokkene de betalingsver-

plichting niet heeft voldaan en er ook geen volledig verhaal heeft plaatsgevonden.¹⁰⁸ Daaraan voorafgaand moet een schriftelijke waarschuwing worden gegeven. Op het moment dat de betrokkene deze waarschuwing ontvangt, kan hij zich verzetten tegen de aangekondigde tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis. De aangewezen weg daarvoor is de herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv.¹⁰⁹ In die procedure kan de rechter immers de vervangende hechtenis kwijtschelden, zodat de tenuitvoerlegging niet (meer) mogelijk is.¹¹⁰ Daartoe is vereist dat er sprake is van een *novum*, een feit of een omstandigheid die zich na de uitspraak in de ontnemingszaak heeft voorgedaan of die toentertijd niet (volledig) bekend was (art. 577b lid 4 Sv). Bij wijze van voorlopige voorziening kan de rechter ambtshalve bevelen dat de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis gedurende de procedure achterwege blijft (art. 577b lid 7 Sv).

Indien de rechter de vervangende hechtenis zou willen kwijtschelden wegens betalingsonmacht van de betrokkene, moet die betalingsonmacht dus als een *novum* kunnen gelden. Een probleem hierbij zou kunnen zijn dat de omstandigheden waarop de betalingsonmacht rust, reeds ten tijde van de ontnemingsprocedure bekend waren.¹¹¹ De vraag is echter of het *novum*-criterium met het oog op het pressie-element van de vervangende hechtenis geen andere, beperktere uitleg behoeft. In zijn algemeenheid kan immers worden aangenomen dat de omstandigheden die duiden op betalingsonmacht dan wel betalingsonwil, enkel in de executoriale fase kunnen blijken. In die fase is de betalingsverplichting pas

108 Art. 561 lid 3 Sv spreekt in beginsel over het 'onmogelijk gebleken' zijn van verhaal, maar de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis is ook mogelijk indien het Openbaar Ministerie op grond van art. 561 lid 2 Sv van verhaal heeft afgezien. Ik wijs erop dat de tekst van art. 572 lid 3 Sv lijkt uit te gaan van een verplichting tot tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis (zie nr. 467). Indien het Openbaar Ministerie die verplichting negeert, hetgeen op grond van het eigen beleid (zie noot 94) niet onaannemelijk is bij betalingsonmacht, blijft dit evenwel zonder consequenties.

109 Daarnaast kan het kort geding uitkomst bieden voor zover de strafvorderlijke rechtsbescherming in het concrete geval tekortschiet. Zie HR 16 maart 1990, NJ 1990, 500, en voorts Corstens 1999, p. 787-788. Gelet op de in de hoofdtekst uiteengezette mogelijkheden die de procedure van art. 577b lid 2 Sv biedt, blijft de rol van het kort geding beperkt tot die gevallen waarin deze strafvorderlijke procedure niet op korte termijn een aanvang kan nemen. Vgl. ook Pres. Rb. Den Haag 19 januari 2000, JOW 2000, 6, en Pres. Rb. Den Haag 7 juli 2000, KG 00/809 (niet gepubliceerd). In Pres. Rb. Den Haag 4 februari 2000, KG 99/1608 (niet gepubliceerd), acht de rechter de betrokkene die tegen de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis opkomt, wel ontvankelijk voor zover het feiten en omstandigheden betreft die in de ontnemings- of herzieningsprocedure niet aan de orde kunnen komen. In deze zaak zijn dergelijke feiten en omstandigheden echter niet aannemelijk gemaakt. Vgl. ook Pres. Rb. Den Haag 16 februari 1999, KG 99/71 (niet gepubliceerd).

110 Art. 577b lid 2 Sv spreekt over het verminderen en het kwijtschelden van de betalingsverplichting en de bevolen vervangende hechtenis. Gelet op Memorie van Toelichting, p. 41, moet het mogelijk worden geacht ook alleen de vervangende hechtenis aan te passen. De consequentie hiervan is overigens wel dat de tenuitvoerlegging in een later stadium, indien de betrokkene wel weer over vermogen zou beschikken, niet meer mogelijk is.

111 Dit probleem kan zich met name voordoen indien de rechter in de uitspraak niet aangeeft welke verwachting hij heeft van de ontwikkeling van de draagkracht. Zie nr. 500.

onherroepelijk en kan worden geconstateerd in hoeverre de betrokkene in staat is en bereid is de betalingsverplichting te voldoen dan wel het verhaal daarvan niet te frustreren. Acht men, gelet op het normatieve karakter van het pressie-element van de vervangende hechtenis, het onderscheid tussen betalingsonwil en betalingsonmacht van wezenlijk belang, dan kan er naar mijn mening zonder bezwaar een *novum* worden aangenomen. Het blijken van betalingsonmacht op het moment dat de betalingsverplichting onherroepelijk is opgelegd en het Openbaar Ministerie voornemens is de vervangende hechtenis ten uitvoer te leggen, kan worden opgevat als een omstandigheid die ten tijde van de ontnemingsprocedure nog niet bekend kon zijn.

551. De hier voorgestane uitleg van het *novum*-criterium volgt niet voetstoots uit de tekst van de wet. Dat het mijns inziens om een aanvaardbare uitleg van de wet gaat, hangt niet uitsluitend samen met het benadrukken van het pressie-element als het normatieve element van de vervangende hechtenis. Er kunnen daarnaast nog twee argumenten worden genoemd die deze interpretatie ondersteunen. Allereerst blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 577b lid 2 Sv dat de wetgever deze procedure ziet als een waarborg tegen de executie van de vervangende hechtenis indien de betrokkene niet aan zijn verplichtingen blijkt te kunnen voldoen.¹¹² Het *novum*-criterium wordt daarbij kennelijk geenszins als een beperking opgevat. Daarnaast kan worden gewezen op art. 5 lid 4 EVRM, waarin is bepaald dat een ieder die wordt gearresteerd of gedetineerd, het recht heeft om de rechtmatigheid van de detentie door een rechter te laten toetsen. Aan dit recht wordt optimaal tegemoet gekomen indien de betrokkene zich reeds na de waarschuwing die vooraf gaat aan de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis, tot de rechter kan wenden.¹¹³

552. Uit het voorgaande volgt dat de veronderstelling van de Hoge Raad dat er onvoldoende waarborgen zijn voor rechterlijke controle in de executoriale fase, niet vanzelfsprekend is. Erkenning van het pressie-element als het normatieve

112 Memorie van Antwoord, EK 1982-1983, 15 012, nr. 31a, p. 17, en Memorie van Toelichting, p. 41. Volledigheidshalve merk ik op dat de procedure van art. 577b lid 2 Sv reeds sinds de invoering met de Wet vermogenssancties het *novum*-vereiste kent. Wel zag deze procedure tot 1 maart 1993 alleen toe op de betalingsverplichting. Onmacht tot nakoming moest derhalve aanleiding geven tot kwijtschelding van die verplichting, waarmee ook de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis verviel.

113 Vgl. ook Hof Amsterdam 21 januari 1999, NJ 1999, 488, JOW 2000, 26. Het hof stelt dat voor de regeling van art. 577b Sv mede acht moet worden geslagen op art. 5 lid 4 EVRM en art. 15 lid 2 Grondwet. Daaruit volgt, aldus het hof, dat de rechter de plicht heeft om de betrokkene in vrijheid te stellen indien de vervangende hechtenis ten uitvoer wordt gelegd bij gebleken betalingsonmacht. Het beroep op art. 15 lid 2 Grondwet kan overigens in twijfel worden getrokken omdat het 'rechterlijk bevel' waarop de vrijheidsbeneming rust, reeds in het bevel van art. 24d lid 1 Sr kan worden gevonden.

element van de vervangende hechtenis leidt ertoe dat aan de regeling van art. 577b Sv een zodanige uitleg kan worden gegeven dat de betrokkene een behoorlijke rechtsbescherming geniet. Daarvoor is wel vereist het *novum*-criterium niet strikt naar de letter van de wet uit te leggen.¹¹⁴

Met het voorgaande wil ik enkel betoogd hebben dat in het huidige wettelijke stelsel voldoende waarborgen tegen de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis kunnen worden gevonden. Daarmee is nog niet gezegd dat de rechtsbescherming niet beter zou kunnen worden geregeld. Het zou naar mijn mening beter zijn indien telkens een rechterlijke toetsing van de betalingsonwil zou plaatsvinden, ongeacht of de betrokkene daartoe het initiatief neemt. Daarnaast wijs ik erop dat de hier voorgestane normatieve uitleg er niet toe leidt dat de rechter in de ontnemingsprocedure geen aandacht meer zou hoeven te besteden aan de draagkracht van de betrokkene. Het uitgangspunt, dat in het vorige hoofdstuk is verdedigd (zie nr. 489), dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel een redelijke verwachting dat deze kan worden voldaan, veronderstelt, geldt naar mijn mening onverkort. Ook al hoeft de betrokkene geen vrijheidsbeneming bij betalingsonmacht te vrezen, de betalingsverplichting kan, naast de overig opgelegde sancties, een dusdanige belasting voor de betrokkene vormen dat deze niet opportuun is.¹¹⁵

5 De vervangende hechtenis naar toekomstig recht

5.1 Inleiding

553. Indien het pressie-element voorop wordt gesteld als het normatieve element van de vervangende hechtenis, kan men zich afvragen of het niet beter zou zijn om het concept van een vervangende hechtenis geheel los te laten. Dat concept is immers primair gebaseerd op de gedachte dat een betalingsverplichting zich werkelijk laat vervangen door een andere, vrijheidsbenemende sanctie. Die gedachte laat zich moeilijk verenigen met het karakter van de ontnemingsmaatregel en strookt slecht met de bedoeling van de minister om met de vervangende hechtenis te voorzien in een instrument om de betrokkene tot betaling te dwingen. Het kan daarom wenselijk worden geacht de huidige regeling van de vervangende hechtenis te herzien.

114 Ik wijs er nog op dat in het concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving wordt voorgesteld om het *novum*-criterium uit art. 577b Sv te schrappen. Voor de vervangende hechtenis heeft dat geen betekenis, omdat tevens wordt voorgesteld om de vervangende hechtenis te verwisselen voor een mogelijkheid tot gijzeling. Zie hierover nader nr. 507-511 als ook paragraaf 5 van dit hoofdstuk.

115 In vergelijkbare zin Keulen 1999, p. 60.

In het vorige hoofdstuk heb ik melding gemaakt van een concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving, welke een uitvloeisel is van de WODC-evaluatie van deze wetgeving (zie nr. 507-511). In dit concept-wetsvoorstel doet de minister het voorstel om de huidige vervangende hechtenis te wijzigen in een gijzeling naar rechtsvorderlijk model. Hiermee zou een instrument moeten ontstaan, dat meer dan de vervangende hechtenis is toegesneden op het uitoefenen van pressie op de betrokkene om tot betaling over te gaan.¹¹⁶

5.2 *De mogelijkheid tot gijzeling in het concept-wetsvoorstel*

554. In de toelichting op het concept-wetsvoorstel stelt de minister dat de huidige regeling van de vervangende hechtenis, die tegelijkertijd met de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd, niet beantwoordt '(...) aan haar doel als drukmiddel ten behoeve van de executie.'¹¹⁷ De vervangende hechtenis wordt namelijk door de zittende magistratuur geassocieerd met een dubbele bestraffing,¹¹⁸ terwijl het Openbaar Ministerie minder goed met het alles-of-nietskarakter ervan uit de weg zou kunnen.¹¹⁹ Daarnaast signaleert de minister dat het Openbaar Ministerie vaak gebrekkig is geïnformeerd over de (on)mogelijkheid voor de betrokkene om de betalingsverplichting te voldoen. 'De praktijk blijkt behoefte te hebben aan een flexibeler, doelmatiger en minder hybride regeling.'¹²⁰

Deze argumentatie van de minister is niet bijster helder, maar de kern is duidelijk: de vervangende hechtenis is een pressiemiddel, maar dat is niet als zodanig in de wet neergelegd. Daarom moet de wet worden aangepast. De minister stelt voor om art. 24d Sr te laten vervallen en een nieuw art. 577 ba Sv in te voeren dat als volgt luidt:

1. Het vonnis of arrest waarbij de verplichting is opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is, na daartoe verleend verlof, uitvoerbaar bij lijfswang.
2. De vordering tot het verlenen van het verlof wordt ingesteld en behandeld als een vordering in kort geding (...).¹²¹

116 Zie voor een eerdere beschouwing van dit voorstel in samenhang met andere onderdelen van het concept-wetsvoorstel: Borgers 2000, p. 1433-1435.

117 Concept-Memorie van Toelichting, p. 25.

118 De minister verwijst hierbij naar Nelen & Sabbe 1998, p. 103.

119 Het is niet helemaal duidelijk waar de minister hier op doelt. Ik vermoed dat het, gelet op de bevindingen van de WODC-evaluatie, gaat om de onvrede met het voorschrift dat gedeeltelijke betaling niet tot een vermindering van de duur van de vervangende hechtenis leidt. Zie Nelen & Sabbe 1996, p. 97, en Nelen & Sabbe 1998, p. 211.

120 Concept-Memorie van Toelichting, p. 25.

121 Uit het voorstel wordt niet duidelijk wie als procespartij in dit kort geding optreedt: het Openbaar Ministerie of de staat. Nu daaromtrent geen bijzondere bepaling wordt voorgesteld, moet worden aangenomen dat het de staat betreft. In het burgerlijk procesrecht kan een orgaan van een (publiekrechtelijke) rechtspersoon slechts bij hoge uitzondering als eisende partij optreden. Zie

3. De eerste en tweede afdeling van de vijfde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van toepassing, met uitzondering van de artikelen 585 tot en met 587 en 592. In afwijking van artikel 591 van dat wetboek kan het verlot tot lijfswang worden verleend voor ten hoogste drie jaar.

4. De president kan bij het verlenen van het verlot bepalen, dat wanneer de schuldenaar een zeker bedrag, vermeerderd met de kosten, betaalt, de lijfswang niet of niet verder ten uitvoer zal worden gelegd.

555. Drie elementen uit de toelichting op dit voorstel zijn van belang voor een goed begrip van de voorgestelde mogelijkheid tot gijzeling (lijfswang). Ten eerste, de minister is van mening dat in de executoriale fase de staat niet in een wezenlijk andere situatie verkeert dan een 'gewone', civiele crediteur. Het gaat erom dat bewerkstelligd wordt dat de betrokkene tot betaling overgaat. Het belangrijkste instrument daarbij is de mogelijkheid tot het leggen van beslag (in de context van de ontnemingswetgeving: art. 94a Sv). Waar het gaat om geldschulden, ontbreekt in principe de mogelijkheid van gijzeling al zijn er uitzonderingen (bijvoorbeeld: de invordering van belastingen). De minister meent dat ook voor de ontnemingsmaatregel een dergelijke uitzondering moet bestaan:

Dat vrijheidsbeneming als drukmiddel bij de executie van de ontnemingsveroordeeling behouden moeten [lees: moet; MJB] worden, behoeft geen lang betoog. Wat betreft de veroordeelden waar het hier om gaat behoeft niet op voorhand een grote betalingsbereidheid verwacht te worden.¹²²

Daarin is tevens de reden gelegen voor een termijn van maximaal drie jaar, welke aanzienlijk langer is dan de rechtsvordelijke termijn van één jaar. Wel is deze termijn de helft korter dan de maximale duur van de vervangende hechtenis, maar daar staat tegenover dat de betalingsverplichting niet vervalt bij het volledig ondergaan van de gijzeling.¹²³

Ten tweede, in de voorgestelde mogelijkheid tot gijzeling ontbreekt elk automatisme van vrijheidsbeneming bij het niet-voldoen van de betalingsverplichting. De gijzeling vereist een afzonderlijk rechterlijk verlot. Blijkens de toelichting mag de rechter dit verlot niet verlenen in geval van betalingsonmacht.¹²⁴ De minister komt hiermee tegemoet aan het door de Hoge Raad in de draagkrachtjurisprudentie

daarover uitgebreid A. Knigge 1996.

122 Concept-Memorie van Toelichting, p. 26.

123 Voor zover de betrokkene de gijzeling zou willen doen eindigen door zijn faillissement aan te vragen, bestaat de mogelijkheid dat de gijzeling wijzigt in een inbewaringstelling ex art. 87 Fw (art. 33 lid 3 Fw). Zie concept-Memorie van Toelichting, p. 27. Vgl. ook HR 23 december 1976, NJ 1977, 618. De inbewaringstelling kent een duur van dertig dagen, maar kan telkens worden verlengd met eenzelfde periode (art. 87 lid 3 Fw). Een maximum ontbreekt.

124 Concept-Memorie van Toelichting, p. 39.

geuite bezwaar dat de rechterlijk controle in de executoriale fase tekortschiet (zie nr. 467). Tevens houdt de mogelijkheid van gijzeling rechtstreeks verband met de door de minister beoogde wijziging van de rol van de draagkracht. Tezamen met een aanvulling van art. 36e lid 4 Sr en het schrappen van het *novum*-criterium van art. 577b lid 4 Sv,¹²⁵ moet de gijzeling bewerkstelligen dat de rechter zich in de ontnemingsprocedure niet of nauwelijks genoodzaakt ziet met (het gebrek aan) de draagkracht van de betrokkene rekening te houden bij de vaststelling van de betalingsverplichting.¹²⁶

Ten derde, met de beoogde verschuiving van de rol van de draagkracht naar de executoriale fase beoogt de minister het Openbaar Ministerie te ontlasten van de bewijslast van de betalingsonmacht dan wel de betalingsonwil van de betrokkene. Deze verlichting moet blijken de toelichting tevens betrekking hebben op de mogelijkheid van gijzeling.¹²⁷ Het staat de minister kennelijk voor ogen dat de rechter het verlot tot gijzeling in principe verleent indien de betalingsverplichting niet is voldaan, tenzij de betrokkene aantoont dat hij werkelijk niet tot betaling in staat is.

5.3 Commentaar

556. In het licht van de beschouwing over het karakter van de vervangende hechtenis eerder in dit hoofdstuk moet het voorstel van de minister positief worden gewaardeerd. De huidige regeling is niet eenduidig waar het gaat om het beoogde doel en de uitwerking daarvan in de wet. Het voorstel is dat wel, al valt er op onderdelen nog enige kritiek te leveren. De twee belangrijkste verworvenheden van de voorgestelde regeling zijn naar mijn mening dat *a.* een duidelijke keuze is gemaakt dat vrijheidsbeneming uitsluitend is geboden als pressiemiddel bij betalingsonwil, en *b.* die vrijheidsbeneming alleen is toegestaan na een afzonderlijke rechterlijke toets. Verdere uitvoering van dit voorstel verdient, met inachtneming van de hierna nog te noemen kanttekeningen, dan ook aanbeveling.¹²⁸

De waardering voor het voorstel strekt zich echter niet uit tot de context waarin het voorstel wordt gedaan. Het invoeren van de mogelijkheid van gijzeling maakt expliciet onderdeel uit van het voornemen de rol van de draagkracht in de fase van de ontnemingsprocedure zo goed als te elimineren. Daarvoor is naar mijn mening geen reden. Ook indien er geen risico van vrijheidsbeneming bestaat in geval van betalingsonmacht, is de oplegging van een ontnemingsmaatregel niet

125 Deze voorstellen zijn besproken in nr. 508-510.

126 Zie concept-Memorie van Toelichting, p. 26-27, 38-39.

127 Concept-Memorie van Toelichting, p. 32-33.

128 Verschillende auteurs hebben al gepleit voor het verwisselen van de vervangende hechtenis voor een mogelijkheid van gijzeling. Zie Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 192, Keulen 1999, p. 58-59, en Bleichrodt 2000, p. 145.

per definitie zinvol. Het blijft naar mijn mening vereist dat er een redelijke verwachting bestaat dat de betrokkene de ontnemingsmaatregel kan voldoen. Deze kritiek doet geen afbreuk aan de wenselijkheid om de vervangende hechtenis in te wisselen voor een mogelijkheid tot gijzeling. Wel wil ik hiermee aangeven, anders dan de minister beoogt, dat de rechter in deze wetswijziging geen aanleiding zou moeten vinden om voortaan geheel voorbij te gaan aan de rol van de draagkracht.¹²⁹

557. Het voorstel van de minister verdient op drie onderdelen nadere aandacht. Allereerst is de positie van art. 589a lid 1 en 611 lid 3 Rv niet duidelijk. Op grond van deze bepalingen kan gijzeling ook worden toegestaan indien de schuldenaar zijn betalingsonmacht opzettelijk heeft veroorzaakt.¹³⁰ In nr. 540 heb ik hierover opgemerkt dat de strekking van deze bepalingen niet geheel duidelijk is. Het zou kunnen gaan om gevallen waarin de schuldenaar *formeel* in een toestand van betalingsonmacht verkeert, maar in feitelijk opzicht wel over een vermogen kan beschikken. De wet lijkt echter niet uit te sluiten dat de gijzeling ook kan worden toegepast bij werkelijke betalingsonmacht. Gelet op de toelichting heeft het voorstel van de minister alleen betrekking op de situatie van betalingsonwil en niet van betalingsonmacht, ook al is die opzettelijk veroorzaakt. Het verdient aanbeveling dit ondubbelzinnig in de wet tot uiting te laten komen.

Ten tweede, de termijn waarvoor gijzeling wegens het niet-voldoen van de ontnemingsmaatregel toegestaan zou moeten worden, overtuigt niet onmiddellijk. Weliswaar bedraagt die termijn de helft van de huidige maximale duur van de vervangende hechtenis, een belangrijk verschil is dat de gijzeling de betalingsverplichting niet vervangt. Daarnaast kan erop worden gewezen dat de gijzeling voor belastingschulden gebonden is aan een maximale duur van één jaar (art. 20 lid 1 Inv. jo. art. 591 Rv). In dat opzicht is de thans voorgestelde termijn van drie jaar nogal fors.¹³¹ Een neerwaartse bijstelling van die termijn zou naar mijn mening moeten worden overwogen.¹³² Ik wijs er daarbij op dat het concept-wetsvoorstel voor die gevallen waarin de betalingsonwil samenhangt met het gebruik van

129 Zie ook de kritiek op twee andere onderdelen van het concept-wetsvoorstel in nr. 509-510.

130 Art. 589a Rv heeft betrekking op het verlenen van het verlof tot gijzeling, terwijl art. 611 Rv toeziet op het kort geding waarin de schuldenaar een verbod tot (verdere) gijzeling vordert. In art. 611 lid 3 Rv is het bewerkstelligen van de betalingsonmacht alleen relevant indien dit is geschied met het oog op het wijzen van een vonnis tegen hem of met het oog op de tenuitvoerlegging daarvan.

131 Onduidelijk is of een gijzeling van een dergelijke duur ook op jeugdigen mag worden toegepast. Evenals met betrekking tot de huidige wetgeving kan worden geconstateerd (zie nr. 528-530), voorziet het voorstel niet in een bijzondere voorziening. De mogelijkheid van gijzeling van jeugdigen verdient naar mijn mening overigens geen aanbeveling, omdat deze niet in overeenstemming is met het pedagogische karakter van het jeugdstrafrecht.

132 Zie echter ook Keulen 1999, p. 59, die een gijzeling met een maximale termijn van zes jaar voorstelt.

schijnconstructies, nog voorziet in een bijzondere beslagbevoegdheid die dergelijke constructies zou moeten kunnen doorbreken.¹³³

Ten derde, de minister gaat ervan uit dat het Openbaar Ministerie bij het vorderen van een verlot tot gijzeling niet de bewijslast draagt van de betalingsonmacht.¹³⁴ Het is de vraag of dit wenselijk is. Voorop gesteld moet worden dat de gijzeling bestemd is voor gevallen van betalingsonwil. Het betreft veelal omstandigheden waarin de betrokkene vermogensverschuivingen heeft doen plaatsvinden waarbij hij zich formeel van zijn vermogen ontdoet. Juist omdat het daarbij gaat om *schijn*constructies, is het niet eenvoudig om het bewijs van de aanwezigheid van een dergelijke constructie te leveren. Dit zou ervoor kunnen pleiten het Openbaar Ministerie niet met het bewijs daarvan op te zadelen. Er schuilt echter een gevaar in die verdeling van de bewijslast. Het gaat bij de bewijslastverdeling immers om de toedeling van het bewijsrisico. Indien de betrokkene het bewijsrisico van de betalingsonwil draagt, betekent dit dat de rechter in het geval er twijfel bestaat over het feit of er sprake is van betalingsonmacht (een *non liquet*), de gijzeling moet toestaan.¹³⁵ Dat laat zich echter moeilijk verenigen met het ingrijpende, vrijheidsbenemende karakter van de gijzeling.

Een aanvaardbare uitweg zou kunnen worden gevonden door de bewijslast op het Openbaar Ministerie te laten rusten, doch wel op het niveau van de bewijswaardering enige verlichting toe te staan. Alsdan zou het Openbaar Ministerie moeten aantonen dat het nemen van verhaal niet mogelijk is gebleken, terwijl er duidelijke indicaties bestaan dat de betrokkene wel in staat is te betalen.¹³⁶ De betrokkene kan zich daartegen verweren door die aanwijzingen in voldoende mate in twijfel te trekken.

133 Zie hierover, in kritische zin, Borgers 2000, p. 1435-1438.

134 De minister wil, blijkens de concept-Memorie van Toelichting, p. 33, zodoende aansluiten bij de bewijslastverdeling in de rechtsvorderlijke regeling van de gijzeling. Daarvoor geldt als uitgangspunt dat de schuldenaar de bewijslast van de betalingsonmacht draagt. Zie Stein in: Asser e.a. (losbl.), aant. 1 op art. 589a, en aant. 1 op art. 611 (suppl. 203). Hierbij ziet men echter over het hoofd dat in kort geding, waarin het verlot tot lijfswang zou moeten worden gevorderd, de regels van de bewijslastverdeling niet van toepassing zijn. Zie daarover, in kritische zin, Giesen 1998.

135 Zie nader over de bewijslastverdeling nr. 369-382.

136 Een dergelijke benadering lijkt ten grondslag te liggen aan verschillende rechterlijke uitspraken met betrekking tot de gijzeling wegens het niet-voldoen van een belastingschuld. Zie Rb. Den Haag 24 november 1993, V-N 1993, 3924, Pres. Rb. Den Haag 11 maart 1994, V-N 1994, 1005, Pres. Rb. Den Haag 25 januari 1995, V-N 1995, 772, Rb. Rotterdam 11 maart 1999, V-N 1999, 17.28, Rb. Amsterdam 16 maart 2000, V-N 2000, 15.28, Pres. Rb. Amsterdam 13 juli 2000, V-N 2000, 33.33, en Pres. Rb. Amsterdam 6 september 2000, V-N 2000, 43.20. Alle procedures hebben overigens betrekking op belastingschulden die samenhangen met het begaan van strafbare feiten.

Slotbeschouwing

1 Inleiding

558. In de voorafgaande hoofdstukken zijn zowel het karakter van de ontnemingsmaatregel als de voorwaarden tot oplegging van deze maatregel uitgebreid besproken. In dit laatste hoofdstuk ga ik allereerst nader in op de samenhang tussen het karakter van de ontnemingsmaatregel en de voorwaarden tot oplegging. Het gaat daarbij om de vraag in hoeverre de grondslag de voorwaarden tot oplegging beïnvloedt, en – omgekeerd – in hoeverre de voorwaarden zoals die in de wet en de jurisprudentie tot uiting komen in overeenstemming zijn met het karakter. Vervolgens inventariseer ik de (overige) knelpunten in de huidige regeling van de ontnemingsmaatregel en geef ik aan welke aanpassingen mogelijk en wenselijk zijn.

2 De verhouding tussen karakter en voorwaarden

2.1 Inleiding

559. In hoofdstuk 4 heb ik het karakter voorlopig gedefinieerd. Deze definitie bestaat uit de opsomming van een aantal kenmerken (zie nr. 125). Tezamen laten die kenmerken zich omschrijven als het normatief-reparatoire karakter: de ontnemingsmaatregel is gericht op rechtsherstel. Dit rechtsherstel vindt enkel plaats vanuit het perspectief van de betrokkene en het vormt een limiet. De vraag rijst nu of, gelet op de bevindingen van het onderzoek naar de deelaspecten van de oplegging van de ontnemingsmaatregel, deze voorlopige definitie standhoudt.

2.2 Van karakter naar voorwaarden

560. Het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel beoogt te bewerkstelligen, blijkt een interpretatieve rol te (kunnen) spelen. Dit komt het meest duidelijk naar voren in de uiteenzetting over het voordeelsbegrip (hoofdstuk 6). De wet kent geen definitie van het begrip 'voordeel'. Het ligt daarom voor de hand om dit begrip zodanig uit te leggen dat de ontneming van het bedrag van het voordeel ertoe leidt dat de betrokkene zo veel mogelijk wordt gebracht in de situatie die zou hebben

bestaan indien het strafbare feit niet zou zijn begaan. Dit wordt bereikt door het ontnemen van een bedrag dat (in waarde) overeenkomt met datgene wat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen. Op die manier wordt tegelijkertijd voorkomen dat de betrokkene in een slechtere positie komt te verkeren dan door het rechtsherstel wordt beoogd. Dat is van groot belang, omdat het ontnemen van een hoger bedrag dan de betrokkene daadwerkelijk aan voordeel heeft verkregen, voor wat betreft het surplus niet anders kan worden uitgelegd dan als een leedtoevoegende reactie (zie nr. 121).

Een voorbeeld van deze benadering van het voordeelsbegrip is de te hanteren waarderingsmethode. Anders dan aanvankelijk door het Openbaar Ministerie werd voorgestaan, staat het rechtsherstel eraan in de weg dat deze methode wordt geobjectiveerd. Het gaat om de bepaling van de (subjectieve) waarde in het concrete geval (zie vooral nr. 255). Het stelen van een auto gevolgd door de verkoop aan een heler levert in principe een ander bedrag aan voordeel op dan de diefstal van dezelfde auto ten behoeve van het eigen gebruik.

561. Er zijn nog meer onderdelen van de regeling van de ontnemingsmaatregel waarbij het rechtsherstel naar mijn mening van doorslaggevend belang is bij de interpretatie. Zo is de rechter is verplicht bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel rekening te houden met in rechte toegekende vorderingen van benadeelde derden (art. 36e lid 6 Sr). De wet maakt niet duidelijk of deze plicht verband houdt met het voordeelsbegrip of toeziet op het vaststellen van de betalingsverplichting. Uitgaande van het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel beoogt te bewerkstelligen, is het van belang dat bij de oplegging van deze maatregel rekening wordt gehouden met een eventuele ontneming van het voordeel langs een andere weg. Hieruit volgt dat het vergoeden van schade die is veroorzaakt door het strafbare feit op grond waarvan de betrokkene voordeel heeft behaald, tot gevolg heeft dat de betrokkene minder of geen voordeel overhoudt. Het is daarbij mijns inziens niet van belang, anders dan de Hoge Raad overweegt,¹ dat het voordeel en het nadeel met elkaar corresponderen dan wel spiegelbeeldig zijn. Het hanteren van een dergelijk vereiste draagt namelijk het gevaar in zich dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel uiteindelijk bewerkstelligt dat de betrokkene meer wordt ontnomen dan hij aan voordeel heeft verkregen (zie nr. 437 en 440).²

Met betrekking tot het zevende lid van art. 36e Sr geldt een vergelijkbare redenering.³ Indien de boete die de rechter in de hoofdzaak oplegt, mede bestemd

1 HR 11 april 2000, NJ 2000, 590, m.nt. JdH. Zie daarover nr. 440-442.

2 Al is het niet uitgesloten dat toepassing van de algemene matigingsbevoegdheid van art. 36e lid 4 Sr dit voorkomt. De Hoge Raad laat die mogelijkheid expliciet open.

3 Deze bepaling is door de minister bestempeld als (een onderdeel van) een ne bis in idem-regeling. Uit de beschouwingen in hoofdstuk 4 is naar voren gekomen dat die regeling veeleer in art. 68 lid 1 Sr moet worden gevonden. Art. 36e lid 7 Sr heeft, zoals ook in de hoofdttekst tot uitdrukking wordt

is ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, is het noodzakelijk de ontnemingscomponent van de boete bij de vaststelling van de betalingsverplichting in mindering te brengen. Art. 36e lid 7 Sr biedt hiertoe, uitgaande van de limiterende werking van het door de ontnemingsmaatregel nagestreefde rechtsherstel, de mogelijkheid (zie nr. 457).⁴

562. De interpretatieve rol van het rechtsherstel komt verder naar voren waar het gaat om de bewijsregeling die in de ontnemingsprocedure van toepassing is. Bij de uitleg van deze regeling staat namelijk voorop, zo laat zich mede uit de wetsgeschiedenis afleiden, dat de voordeelsontneming niet telkens op bewijsrechtelijke problemen mag afstuiten. Het beoogde rechtsherstel zou dan niet of nauwelijks kunnen worden bereikt. Een gezichtspunt dat mijns inziens daaraan moet worden toegevoegd is dat het toelaten van vage vermoedens en veronderstellingen het beoogde rechtsherstel daarentegen ook geweld kan aandoen. De kans bestaat dan dat er een te hoog bedrag wordt ontnomen. Deze twee aspecten van het rechtsherstel vormen tezamen met de vuistregels die zich uit de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot art. 6 lid 2 EVRM laten afleiden, het kader waarbinnen de bewijsregeling kan en moet worden uitgelegd. Een dergelijke interpretatie blijkt ook mogelijk te zijn. Een belangrijke constatering daarbij is dat de resultaten die met vooral het derde lid van art. 36e Sr kunnen worden bereikt, beduidend minder spectaculair zijn dan men bij een vluchtige lezing van de kamerstukken zou kunnen verwachten (zie nr. 420 en 424).

2.3 Van voorwaarden naar karakter

563. Voor de evaluatie van de voorlopige definiëring van het karakter van de maatregel is, naast de interpretatieve rol van het rechtsherstel, de vraag van belang in hoeverre de regeling van de ontnemingsmaatregel in de weg staat aan het bewerkstelligen van het rechtsherstel.

In hoofdstuk 8 is gebleken dat er *grosso modo* twee aanleidingen bestaan voor het matiging van de betalingsverplichting of het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel (zie nr. 516-517). Allereerst gaat het om de hiervoor genoemde modificaties die erop zijn gericht recht te doen aan de limiterende werking van het rechtsherstel (art. 36e leden 6 en 7 Sr). Er zijn daarnaast situaties waarin een matiging plaatsvindt om andere belangen te laten prevaleren. Het gaat bijvoorbeeld om een matiging wegens overschrijding van de redelijke termijn, en om een matiging tengevolge van de geringe draagkracht van de betrokkene.

gebracht, mijns inziens betrekking op de afroomboete.

4 Een praktische complicatie is echter wel dat de rechter niet verplicht is in de strafmotivering tot uiting te brengen dat hij een afroomboete oplegt. Ik kom daar nog op terug. Zie nr. 578.

Ook zijn er gevallen die zich laat vatten in het abstracte criterium dat de oplegging van een ontnemingsmaatregel in de concrete omstandigheden van het geval ongepast is.

In deze tweede categorie gevallen blijft het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel beoogt, dus (ten dele) achterwege. De vraag rijst of dit zich verhoudt met het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel. Ik meen van wel. Twee kenmerken van de ontnemingsmaatregel zijn dat het rechtsherstel een limiterende functie heeft en dat het rechtsherstel niet leidt tot een plichtmatige oplegging van de ontnemingsmaatregel (zie nr. 125). Anders gezegd: het beoogde rechtsherstel stelt een bovengrens en geen ondergrens. Het rechtvaardigheidsideaal – de *corrective justice* – dat aan de ontnemingsmaatregel ten grondslag ligt, leidt er niet toe dat in het concrete geval per definitie een rechtvaardig resultaat wordt behaald door het opleggen van een – niet-gematigde – ontnemingsmaatregel. Soms moet het rechtsherstel (ten dele) wijken voor andere belangen.

564. Uit de bevindingen in dit onderzoek blijkt verder dat twee onderdelen van de wettelijke regeling op gespannen voet staan met het karakter van de ontnemingsmaatregel. Allereerst gaat het om de behandeling van de ontnemingsvordering in een van de hoofdzaak gescheiden procedure (art. 511b-511i Sv). Daarnaast betreft het de huidige regeling van de vervangende hechtenis (art. 24d Sr).

Bij de voorlopige definiëring van het karakter van de ontnemingsmaatregel heb ik geconstateerd dat deze maatregel een onderdeel van het strafrechtelijk sanctiepakket vormt, hetgeen inhoudt dat de opgelegde sancties onderling moeten worden afgestemd. Bij het formuleren van die definitie heb ik er al op gewezen dat een mogelijk knelpunt zou kunnen zijn gelegen in de splitsing van hoofdzaak en ontnemingsprocedure (zie nr. 123). Uit de beschouwing over de draagkrachtproblematiek is naar voren gekomen dat er aanleiding kan zijn om op de verkrijging van wederrechtelijk verkregen voordeel geen ontnemingsmaatregel te laten volgen, terwijl het spenderen van dat voordeel wel leidt tot een verhoging van de strafmaat. Deze mogelijkheid komt aan de orde indien de betrokkene het verkregen voordeel op een aangename wijze heeft gespendeerd, en vervolgens geen of nauwelijks draagkracht meer heeft om een betalingsverplichting te voldoen. Daarnaast moet mijns inziens de mogelijkheid bestaan om de strafmaat in neerwaartse zin bij te stellen juist vanwege het opleggen van een ontnemingsmaatregel die een relatief zware belasting vormt voor de betrokkene. Deze wederzijdse beïnvloeding van straftoemeting en voordeelsontneming wordt in praktische zin belemmerd indien de ontnemingsprocedure niet gelijktijdig met de hoofdzaak wordt behandeld (zie nr. 493).⁵

5 Een gezamenlijke behandeling komt in de praktijk overigens wel regelmatig voor. Zie nr. 123.

565. Uit de beschouwing over de regeling van de vervangende hechtenis, die op grond van art. 24d Sr moet worden bevolen bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel, blijkt dat deze nauwelijks in overeenstemming kan worden gebracht met het beoogde rechtsherstel. De vervangende hechtenis is historisch gezien gebaseerd op de idee dat de geldboete zich laat vervangen door, want in wezen niet verschilt van, een vrijheidsbenemende sanctie. Vrijheidsbeneming en het door de ontnemingsmaatregel beoogde rechtsherstel kunnen echter moeilijk op één lijn worden gesteld.⁶ Vrijheidsbeneming wegens het niet-voldoen of het niet kunnen verhalen van een betalingsverplichting is alleen tot op zekere hoogte in overeenstemming te brengen met het streven naar rechtsherstel vanuit het perspectief van het uitoefenen van pressie op een betalingsonwillige betrokkene. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de minister de vervangende hechtenis van art. 24d Sr hoogst waarschijnlijk heeft bedoeld als een pressiemiddel, maar in de wettelijke regeling komt dit onvoldoende tot uitdrukking (zie nader nr. 543-544). Een belangrijk knelpunt is bijvoorbeeld dat de wettelijke regeling geen onderscheid maakt tussen de betrokkene die niet *kan*, en de betrokkene die niet *wil* betalen. De wettelijke regeling lijkt, anders dan overigens in het beleid van het Openbaar Ministerie naar voren komt (zie nr. 542), de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis als een automatisme te beschouwen.

2.4 Conclusie

566. Uit het voorgaande blijkt dat het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel beoogt te bewerkstelligen, een belangrijke interpretatieve rol kan en naar mijn mening ook moet spelen bij de uitleg van een aantal onderdelen van de wettelijke regeling. Omgekeerd geldt dat de toepassing van die regeling niet altijd tot rechtsherstel leidt. Voor zover dat gebeurt om andere belangen te laten prevaleren of omdat de oplegging van een ontnemingsmaatregel niet passend is, is daar niets mis mee. Er is geen reden waarom een belangenafweging *telkens* ten gunste van het door de ontnemingsmaatregel beoogde rechtsherstel zou moeten uitvallen.

Er bestaan daarnaast echter twee knelpunten, namelijk de scheiding van de hoofdzaak en de ontnemingsprocedure en de regeling van de vervangende hechtenis. De vraag die daarbij rijst is of deze knelpunten moeten leiden tot een aanpassing van de definitie van het karakter van de ontnemingsmaatregel. Naar mijn mening is dat niet het geval. Het is veeleer wenselijk dat deze knelpunten worden weggenomen door een wijziging van de wet. Dit kan gebeuren door de splitsing

6 Dit is niet in strijd met de constatering dat de ontnemingsmaatregel en de overig op te leggen sancties onderling moeten worden afgestemd. Het gaat er bij de vervangende hechtenis immers om dat *gegeven* de keuze voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel, vrijheidsbeneming nimmer een alternatief kan zijn voor de betalingsverplichting uit hoofde van de ontnemingsmaatregel.

tussen hoofdzaak en ontnemingsprocedure te laten vallen, en door het wijzigen van de vervangende hechtenis in de mogelijkheid van gijzeling. Hoe deze wijzigingen er precies uit moeten zien, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

De conclusie is dan ook dat de voorlopige definitie van het karakter van de ontnemingsmaatregel standhoudt. Het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel nastreeft – rechtsherstel enkel vanuit het perspectief van de betrokkene – heeft een limiterende en interpretatieve betekenis. Het bewerkstelligen van dit rechtsherstel is geen categorische imperatief.

3 Knelpunten en aanpassingen

3.1 Inleiding

567. Bij de bespreking van de verschillende onderdelen van de ontnemingsmaatregel is een aantal knelpunten naar voren gekomen. Hieronder inventariseer ik die knelpunten en geef ik aan hoe deze kunnen worden weggenomen.

3.2 De reikwijdte van de ontnemingsmaatregel

568. In het vijfde hoofdstuk heeft de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel centraal gestaan. De verruiming van deze reikwijdte tengevolge van de invoering van de ontnemingswetgeving heeft tot meerdere knelpunten geleid.

Allereerst is gebleken dat het opnemen van de derde variant van art. 36e Sr – de niet-soortgelijke feiten – een onduidelijke ratio heeft. Het lijkt eerder te gaan om een uiting van een grote politieke bereidheid om zeer ruime mogelijkheden voor voordeelsontneming te creëren, dan om een weloverwogen en zinvolle uitbreiding van een tekortschietend wettelijk instrumentarium (zie nr. 144). Ook in de praktijk wordt de derde variant tot op heden nauwelijks gebruikt.⁷ De toegevoegde waarde is derhalve uit zowel theoretisch als praktisch oogpunt dermate klein, dat het valt te overwegen deze mogelijkheid van voordeelsontneming te schrappen.

Bij dit voorstel kan één kanttekening worden gemaakt. In hoofdstuk 7, waarin het bewijsrecht aan de orde is gekomen, is gebleken dat de toepassing van art. 36e lid 3 Sr zich (in bewijsrechtelijk opzicht) kan laten vervangen door de toepassing van art. 36e lid 2 Sr. Men zou kunnen betogen dat het behouden van de derde variant van art. 36e Sr zinvol is indien men de vierde variant wil afschaffen (zie hierna nr. 574). Ook vanuit dit perspectief is de toegevoegde waarde van de

7 Zie Nelen & Sabee 1998, p. 177.

derde variant mijns inziens echter beperkt. De vervanging van de toepassing van art. 36e lid 3 Sr berust op *a.* de mogelijkheid van ontneming van voordeel uit een complex van feiten, en *b.* strafbaarstellingen die verband houden met het verschuiven van vermogen binnen een criminele organisatie (art. 140 en 416-417bis Sr alsmede het voorgestelde witwasdelict). De derde variant kan van pas komen bij de voordeelsontneming die zich richt op een complex van feiten, maar het zal daarbij veelal gaan om soortgelijke feiten en in mindere mate om niet-soortgelijke feiten (zie nr. 335). Daar komt bij dat de niet-soortgelijke feiten in voorkomende gevallen gewoon ten laste kunnen worden gelegd. De eventuele afschaffing van art. 36e lid 3 Sr leidt mijns inziens dan ook niet tot de noodzaak om de derde variant te behouden.⁸

569. Ten tweede is naar voren gekomen dat de afbakening van art. 36e lid 3 Sr niet is geslaagd. Het belangrijkste knelpunt schuilt in het vereiste dat de betrokkene moet zijn veroordeeld wegens het begaan van een strafbaar feit waarvoor een geldboete van de vijfde categorie 'kan worden opgelegd'. Het Duitse recht biedt een beter alternatief, dat eruit bestaat dat de wet een afzonderlijke opsomming geeft van strafbare feiten die aanleiding kunnen geven tot de toepassing van art. 36e lid 3 Sr (zie nr. 152). Deze opsomming zou dan wel beperkt moeten blijven tot de meest ernstige delicten.

Verder is gebleken dat zowel het vereiste van een SFO als het vereiste dat 'ook' het grondfeit voordeel heeft opgeleverd, geen duidelijke ratio hebben. In de praktijk kunnen deze vereisten zodanig worden geïnterpreteerd dat ze eigenlijk inhoudsloos zijn. Er is dan ook geen reden om deze vereisten te handhaven (zie nr. 153-155).

570. Als derde knelpunt kan worden beschouwd het ontbreken van een *duidelijke* ne bis in idem-regeling. Bij de totstandkoming van de ontnemingswetgeving is er door de wetgever te weinig aandacht geschonken aan de consequenties van de bijzondere afdoening van strafbare feiten door deze alleen in een van de hoofdzaak afgescheiden ontnemingszaak te betrekken.⁹ Hoewel het mogelijk – en naar mijn mening: ook geboden – is om een ne bis in idem-regeling vorm te geven aan de hand van art. 68 lid 1 Sr en (de aanvullende werking van) de beginselen van een

8 Voor alle duidelijkheid: de mogelijkheid tot ontneming uit soortgelijke feiten zou naar mijn mening wel behouden kunnen blijven, juist omdat deze categorie feiten wel een belangrijke rol speelt bij de mogelijkheid van ontneming van het voordeel uit een complex van feiten.

9 Indien het voorstel wordt overgenomen om de afzonderlijke ontnemingsprocedure af te schaffen (zie nr. 578), is een ne bis in idem-regeling nog steeds noodzakelijk. De vraag rijst ook dan of de enkele ontneming van het voordeel uit een strafbaar feit, in de weg staat aan het vervolgens ten laste leggen van dat feit.

goede procesorde, lijkt de Hoge Raad dat spoor niet te volgen.¹⁰ Vanuit dat oogpunt verdient het aanbeveling om (alsnog) te voorzien in een heldere ne bis in idem-regeling. Deze regeling zou een dubbele vervolging moeten verbieden in de situaties zoals ik die in nr. 170 heb onderscheiden. Het komt er, kort gezegd en met weglating van een enkele nuance, op neer dat een strafbaar feit dat alleen in de hoofdzaak of alleen in de ontnemingsprocedure wordt betrokken, vervolgens niet meer in een latere hoofdzaak of ontnemingsprocedure aan de orde mag komen indien de rechter zich ten gronde over het feit heeft uitgesproken.

571. Nauw verwant aan de ne bis in idem-problematiek is de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. In mijn interpretatie, die berust op de toepassing van enerzijds art. 68 lid 1 Sr en anderzijds art. 6 lid 2 EVRM, bestaat deze mogelijkheid alleen indien er geen veroordeling heeft plaatsgevonden vanwege een formeel beletsel. Daarbij moet nog een uitzondering worden gemaakt voor de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt te volgen dat hij weinig belemmeringen ziet voor de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling, ook niet indien een veroordeling wegens een materieel beletsel achterwege is gebleven. Deze rechtspraak verschaft echter niet met betrekking tot alle denkbare complicaties duidelijkheid.¹¹

Hoe zou een nadere regeling van de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling er uit kunnen zien? Vooropgesteld moet worden dat deze mogelijkheid voortvloeit uit het gegeven dat de ontnemingsprocedure afzonderlijk van de hoofdzaak plaatsvindt. Kiest men ervoor deze scheiding weer op te heffen, zoals ik in nr. 578 zal verdedigen, dan vervalt ook de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling. Indien de wetgever deze stap niet wil zetten, verdient het aanbeveling dat in de wet per beletsel tot uitdrukking wordt gebracht of ontneming na niet-veroordeling al dan niet is toegestaan.

3.3 *Het voordeelsbegrip*

572. Een onderdeel van de ontnemingsmaatregel dat in de praktijk veelal als lastig wordt ervaren, is het voordeelsbegrip. In de bespreking van de WODC-evaluatie van de ontnemingswetgeving is vanuit de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer de vraag gesteld of de wet op dit onderdeel geen aanpassing behoeft. De reactie van de minister hierop is terughoudend. Naar zijn mening gaat het om een onderwerp dat zich vanwege de specialistische en complexe aard niet uitputtend

10 HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 56. Zie daarover nr. 167.

11 HR 13 april 1999, NJ 1999, 483, JOW 1999, 49, HR 14 september 1999, NJ 2000, 55, m.nt. JR, JOW 1999, 91, JOW 2000, 23, HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 56, en HR 23 november 1999, JOW 2000, 3, NJB 2000, p. 233-234, nr. 93. Deze jurisprudentie is besproken in nr. 179.

laat regelen. Hij wil de ontwikkeling van het voordeelsbegrip vooralsnog aan de rechtspraktijk overlaten.¹²

Ik kan de stellingname van de minister onderschrijven. In hoofdstuk 6 is naar voren gekomen dat het voordeelsbegrip zich aan de hand van het normatief-reparatoire karakter goed laat uitwerken. Het belangrijkste uitgangspunt daarbij is dat het moet gaan om het voordeel dat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald. Voordeelsberekening is daardoor per definitie casuïstisch van aard en laat zich daarom moeilijk in regels vangen. Het is wel mogelijk om een aantal globale vuistregels te formuleren – bijvoorbeeld: kosten zijn aftrekbaar indien en voor zover het gaat om uitvoeringskosten –, maar het codificeren hiervan heeft naar mijn mening weinig toegevoegde waarde. Het formuleren en codificeren van meer specifieke regels draagt het risico in zich dat dergelijke regels zich niet goed verhouden met de casuïstische aard van het voordeelsbegrip en in die zin het normatief-reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel geen recht doen. Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad komt het belang van het karakter van de ontnemingsmaatregel voor de voordeelsberekening in voldoende mate tot uitdrukking (zie met name nr. 265). Deze jurisprudentie geeft dan ook geen aanleiding voor legislatieve initiatieven.¹³

3.4 *Het bewijsrecht*

573. De precieze strekking van het bewijsrecht dat met betrekking tot de oplegging van de ontnemingsmaatregel geldt, komt in de wet bepaald niet duidelijk tot uitdrukking. In hoofdstuk 7 heeft er dan ook een uitvoerige beschouwing van dit onderwerp plaatsgevonden. In de literatuur is vaak betoogd dat de bewijsrechtelijke voorschriften vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de betrokkene onder de maat zijn. Die conclusie kan ik niet onderschrijven. Het is mijns inziens geboden de bewijsrechtelijke voorschriften zo veel mogelijk uit te leggen conform de maatstaven van art. 6 lid 2 EVRM. Het vooropstellen van een verdragsconforme interpretatie leidt tot een uitleg van de wettelijke regeling die – vanzelfsprekend – wel voldoende rechtsbescherming biedt. Dit neemt echter niet weg dat aanpassing van de wet op onderdelen mogelijk is.

Met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr is gebleken dat de noodzakelijke bewijsverlichting wordt verschaft door het gebruik van rechterlijke vermoedens (zie nr. 349-354). Indien in een ontnemingsprocedure bijvoorbeeld niet kan worden vastgesteld voor welke prijs de betrokkene bepaalde drugs heeft verkocht, kan

12 Zie Evaluatie ontnemingswetgeving, TK 1998-1999, 26 268, nr. 2, p. 14, 17, alsmede TK 1999-2000, 26 268, nr. 3, p. 3, 7-8, en de Memorie van Toelichting bij het concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving (zie nr. 507), p. 36-38.

13 Tot een vergelijkbaar oordeel komen Van der Neut & Simmelink 1999, p. 132, 134-135, naar aanleiding van het rapport-Wortel 1997.

de rechter aansluiting zoeken bij objectieve – algemeen bekende of anderszins vast te stellen – gegevens over prijzen van dergelijke drugs. Het gaat bij het gebruik van vermoedens om een algemene wijze van rechterlijk redeneren die geen bijzondere wettelijke regeling behoeft. Het is derhalve mogelijk om het criterium van de voldoende aanwijzingen te schrappen. De vaststelling van de strafbare feiten en van de overige feiten die van belang zijn voor het berekenen van het voordeel, kunnen naar mijn mening net zo goed aan het bewijsregime van art. 338-344a Sv worden onderworpen. De winst daarvan is hoofdzakelijk dat zodoende ondubbelzinnig tot uitdrukking komt dat het vereiste van een rechterlijke overtuiging geldt.¹⁴

574. Eenzelfde voorstel kan worden gedaan met betrekking tot art. 36e lid 3 Sr. De randvoorwaarden die uit art. 6 lid 2 EVRM voortvloeien, kunnen grotendeels in de wet worden vastgelegd door het 'gewone' strafvorderlijke bewijsstelsel van toepassing te verklaren. Hierdoor komt de mogelijkheid om de relatie tussen een bepaald vermogen en de wederrechtelijke herkomst daarvan *in abstracto* vast te stellen, niet te ontvallen. Wel staat daardoor buiten twijfel dat het vereiste van rechterlijke overtuiging van toepassing is, en dat de bewijslast met het daaraan gekoppelde bewijsrisico bij het Openbaar Ministerie ligt.¹⁵

Het is naar mijn mening evenwel zaak om nog een stap verder te gaan. De verdragsconforme toepassing van art. 36e lid 3 Sr lijkt niet veel meer mogelijkheden te bieden dan het toepassen van art. 36e lid 2 Sr bij een complex van feiten en in combinatie met strafbaarstellingen als de deelname aan een criminele organisatie, heling en het voorgestelde witwasdelict. De meerwaarde van de vierde variant van art. 36e Sr is dan ook betrekkelijk gering. Het verdient daarom aanbeveling om art. 36e lid 3 Sr te schrappen. Een belangrijk voordeel hiervan zou zijn dat zodoende beter tot uitdrukking komt op welke wijze art. 36e Sr, mede gelet op art. 6 lid 2 EVRM, moet worden toegepast dan thans uit de wet en de daarbij behorende kamerstukken blijkt.

575. Naar aanleiding van de beschouwing over het bewijsrecht behoeven nog twee andere aspecten aandacht. Allereerst is naar voren gekomen dat de mogelijkheid voor de betrokkene zich adequaat te kunnen verweren tegen het gebruik van een rechterlijk vermoeden, kan worden verbeterd door de rechter de bevoegdheid te geven een tussenvonnis te wijzen (zie nr. 401 en 409). Met deze bevoegdheid wordt ook voorkomen dat de rechter in strijd met art. 271 lid 2 Sv handelt (zie nr. 353). In het tussenvonnis kan de rechter bijvoorbeeld aangeven dat hij het op basis van

14 Een consequentie van dit voorstel is dat, anders dan thans het geval is, de regels met betrekking tot de bewijskracht van toepassing worden. Ik zie dit niet als een ongewenste beperking van de mogelijkheden tot voordeelsontneming. Zie nader nr. 328.

15 Zie ook Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 94, 104, die het voorstel doen om de term 'aannemelijk' in art. 36e lid 3 Sr te vervangen door 'bewezen'.

de (tot dan toe) vastgestelde feiten mogelijk acht een bepaald bewijsvermoeden toe te passen. Het Openbaar Ministerie en de betrokkene kunnen zich vervolgens uitlaten over dit voorlopige oordeel van de rechter, waarbij onder andere naar voren kan worden gebracht dat het betreffende bewijsvermoeden feitelijk of logisch gebrekkig is. Mede op basis van deze uitlatingen neemt de rechter een definitieve beslissing. Het verdient aanbeveling dat de bevoegdheid tot het wijzen van een tussenvonnis door de wet wordt gegeven.

Daarnaast is gebleken dat vanuit het oogpunt van het *nemo tenetur*-beginsel een gevoegde behandeling van hoofdzaak en ontnemingsprocedure problematisch is indien de betrokkene de hem verweten feiten ontkent. Hoewel de gevoegde behandeling niet per definitie onverenigbaar is met art. 6 EVRM, moet mijns inziens het vereiste worden gesteld dat de rechter in deze gevallen de ontnemingszaak aanhoudt (zie nr. 402). De consequentie hiervan is dat een voorstel om de splitsing van de hoofdzaak en de ontnemingszaak ongedaan te maken, de mogelijkheid moet omvatten om, bij wijze van uitzondering, het ontnemingsgedeelte van de strafzaak te behandelen nadat er uitspraak is gedaan over het al dan niet bewezen zijn van de ten laste gelegde feiten.¹⁶

3.5 De betalingsverplichting

576. In hoofdstuk 8 komt een aantal knelpunten naar voren die hoofdzakelijk betrekking hebben op de jurisprudentie van de Hoge Raad en in mindere mate op de wettelijke regeling. Voor wat betreft de rechtspraak van de Hoge Raad gaat het allereerst om een uitspraak waarin aan art. 36e lid 6 Sr, op grond waarvan de ontnemingsmaatregel wordt afgestemd met de in rechte toegekende vorderingen van benadeelde derden, naar mijn mening een te beperkte uitleg wordt gegeven.¹⁷ Ik ben hier in nr. 561 al op in gegaan, zodat ik dit punt verder laat rusten.

577. Ook heb ik kritiek geuit op de draagkrachtjurisprudentie van de Hoge Raad. Naar mijn mening is de matigingsplicht die in deze rechtspraak is geformuleerd geen adequate reactie op de aanleidingen voor het formuleren van die plicht: het voorkomen van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis bij betalingsonmacht en het tegemoet komen aan het instellen van een ontnemingsvordering in erbarmelijke gevallen. Mijns inziens kan de regeling van art. 577b lid 2 Sv voldoende rechtsbescherming bieden tegen de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis in gevallen waarin de betrokkene betalingsonmachtig is. Daartoe is het wel vereist dat men onderkent dat het pressie-element als het normatieve

16 Daarmee is niet gezegd dat de strafoplegging ook vooraf moet gaan aan de oplegging van een ontnemingsmaatregel. Zie hierna nr. 578.

17 HR 11 april 2000, NJ 2000, 590, m.nt. JdH.

element van de vervangende hechtenis heeft te gelden (zie nr. 545-552). Daarnaast is het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel veelal een meer gepaste reactie in erbarmelijk gevallen dan het matigen van de betalingsverplichting.¹⁸ Dit laatste bezwaar heeft overigens tevens betrekking op één van de voorstellen die de minister doet in het concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving. Hij stelt daarin voor de rechter expliciet de bevoegdheid toe te kennen om bij de vaststelling van de betalingsverplichting rekening te houden met de ontoereikende draagkracht van de betrokkene. De minister rept echter niet van de mogelijkheid om geen ontnemingsmaatregel op te leggen. Integendeel, hij lijkt de rol van de draagkracht – mijns inziens ten onrechte – vrijwel geheel te willen verschuiven naar de executoriale fase (zie nr. 507-509).

Als alternatief voor de draagkrachtjurisprudentie heb ik een aantal vuistregels geformuleerd, waarbij als uitgangspunt geldt dat er een redelijke verwachting moet bestaan dat de betrokkene een op te leggen ontnemingsmaatregel kan voldoen.¹⁹ Daarnaast moet de rechter niet uitsluitend de matiging van de betalingsverplichting in zijn overwegingen betrekken, maar nadrukkelijk ook de beslissing of er een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd. Onderdeel van de vuistregels is verder dat er afstemming plaatsvindt tussen de ontnemingsmaatregel en de overig op te leggen sancties, zodat er in zijn totaliteit sprake is van een zinvolle en rechtvaardige reactie op het begaan zijn van een strafbaar feit.

578. Het toepassen van de geformuleerde vuistregels is mogelijk binnen de huidige regeling. De bevoegdheid tot het achterwege laten van een ontnemingsmaatregel wordt reeds door de wet gegeven (art. 9a en 36e leden 1 en 3 Sr alsmede art. 511e lid 1 sub a Sv). Voor de afstemming van de beslissing tot oplegging van een ontnemingsmaatregel met de overig op te leggen sancties is het wel noodzakelijk dat de hoofdzaak en de ontnemingszaak gevoegd worden behandeld. Die mogelijkheid bestaat, maar of daarvan gebruik wordt gemaakt, is vooral afhankelijk van het optreden van het Openbaar Ministerie, dat beslist op welk moment de ontnemingsvordering aanhangig wordt gemaakt. Het verdient aanbeveling op dit punt de wet te wijzigen. Naar mijn mening moet een gezamenlijke behandeling van de hoofdzaak en de ontnemingsprocedure het uitgangspunt zijn. Dit kan door het onderscheid tussen hoofdzaak en ontnemingsprocedure te laten vallen. De oplegging van de ontnemingsmaatregel geschiedt dan in de 'gewone' strafzaak,

18 Ik wijs erop dat een matiging tot nihil ook denkbaar is, hetgeen *de facto* overeenkomt met het niet-opleggen van een ontnemingsmaatregel. De ontnemingspraktijk laat echter zien dat het in de regel om een gedeeltelijke matiging van de betalingsverplichting gaat. Zie nr. 469.

19 In nr. 550-551 heb ik verdedigd dat de procedure van art. 577b lid 2 Sv, anders dan de Hoge Raad veronderstelt, wel voldoende bescherming biedt tegen de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis bij betalingsonmacht.

evenals voor 1 maart 1993 het geval was.²⁰ Gelet op de problemen die kunnen ontstaan met betrekking tot de verdedigingsstrategie, is het echter wel noodzakelijk, zoals hiervoor in nr. 575 is aangegeven, om het ontnemingsgedeelte bij wijze van uitzondering in een later stadium te kunnen behandelen.²¹

Het voorstel voor een facultatieve latere behandeling van het ontnemingsgedeelte roept nog wel vragen op met betrekking tot de onderlinge afstemming van de op te leggen sancties. Het is immers van belang dat de rechter ook bij deze latere behandeling de mogelijkheid tot afstemming behoudt. Dit is te realiseren door het ontnemingsgedeelte te behandelen nadat de rechter zich heeft uitgelaten over het al dan niet bewezen verklaard zijn van de ten laste gelegde feiten, maar de beslissing over de strafoplegging op te schorten totdat het ontnemingsgedeelte is behandeld.²² De beslissing omtrent het ten laste gelegde vormt daarmee een tussenvonnis op basis waarvan de betrokkene desgewenst zijn verdedigingsstrategie kan aanpassen.

Een ander knelpunt bij de toepassing van de vuistregels betreft het ontbreken van een motiveringsplicht van de rechter, die erop is gericht om de verwachting ten aanzien van de ontwikkeling van de draagkracht van de betrokkene te expliciteren. Een dergelijke motivering is gewenst om in een herzieningsprocedure van art. 577b lid 2 Sv te kunnen constateren dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden (zie nr. 500). Het ontbreken van een motiveringsplicht neemt uiteraard niet weg dat het thans al de verantwoordelijkheid van de rechter is om zijn verwachting te expliciteren. Deze verantwoordelijkheid zou eventueel kunnen worden onderstreept door een daartoe strekkende wettelijke motiveringsplicht.²³

579. In hoofdstuk 8 is verder gebleken dat de wet nog op twee andere onderdelen een wijziging zou kunnen ondergaan. Zo is gebleken dat het vereiste dat een

20 Een voor de hand liggende tegenwerping is dat het financiële onderzoek daardoor van minder langere duur kan zijn (vgl. Memorie van Toelichting, p. 10). Afgaande op Nelen & Sabbe 1998, p. 152, lijkt er echter geen noodzaak te bestaan om voor dit onderzoek per definitie meer tijd uit te trekken dan voor het 'gewone' onderzoek naar het feit of de feiten waarvan de betrokkene wordt verdacht.

21 Tot een vergelijkbaar voorstel komen, maar dan vanuit de wens van procesrechtelijke vereenvoudiging, Knigge in zijn noot onder HR 14 april 1998, NJ 1999, 75, en Van der Neut & Simmelink 1999, p. 148.

22 Ik wijs in dit verband nog op het zogeheten concentratiebeginsel. Dit beginsel ziet erop toe dat de rechter beslissingen die onderling verband houden, op hetzelfde tijdstip neemt. Zie daarover nader Melai in zijn aantekening bij HR 23 juni 1987, DD 87.491, Wemes 1988, p. 420, en Keijser-Ringnalda 1994, p. 359-361. Het in de hoofdstekst gestelde maakt een inbreuk op dit beginsel door de beantwoording van de laatste vraag van art. 350 Sv op te schorten, maar hierdoor wordt tegelijkertijd voorkomen dat de vraag naar de sanctie-oplegging gefragmenteerd wordt beantwoord.

23 Dit voorstel vormt een alternatief voor het voorstel dat de minister in het concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving doet, om het *novum*-criterium van art. 577b lid 4 Sv te schrappen (zie nr. 510). Het is mijns inziens niet zozeer problematisch dat de rechter een *novum* moet constateren, maar veeleer de wijze waarop hij doet moet doen. Indien de ontnemingsrechter geen blijk heeft gegeven van zijn verwachtingen ten aanzien van de ontwikkeling van de draagkracht, ontbreken voor de herzieningsrechter veelal de benodigde feitelijke aanknopingspunten.

vordering in rechte is toegekend, te strikt geformuleerd is. In de huidige rechtspraak wordt er – terecht – van uitgegaan dat de matiging van de betalingsverplichting betrekking kan hebben op reeds betaalde schadevergoedingen (restituties) en vorderingen tot schadevergoeding waarvan de omvang en de legitimiteit voldoende vaststaan. Het is mogelijk art. 36e lid 6 Sr zodanig te herformuleren dat deze verruiming wordt gecodificeerd (zie nr. 450).

In het kader van de afroomboete is naar voren gekomen dat een dergelijke boete problematisch is omdat er geen plicht voor de rechter bestaat om de afroomcomponent in een boete te expliciteren. Daardoor is het lastig voor de rechter in de ontnemingsprocedure om de hoogte van de betalingsverplichting af te stemmen op de afroomcomponent. Ook zonder wetswijziging is het de verantwoordelijkheid van de rechter om zorg te dragen voor een dergelijke explicatie. Een motiveringsvoorschrift zou die verantwoordelijkheid echter kunnen onderstrepen (zie nr. 457). Het laten vallen van het onderscheid tussen hoofdzaak en ontnemingsprocedure zorgt tevens voor een betere mogelijkheid tot afstemming van afroomboete en ontnemingsmaatregel, omdat de oplegging van deze sancties steeds op hetzelfde moment door dezelfde rechter geschiedt.

3.6 *De vervangende hechtenis*

580. In de vorige paragraaf heb ik al aangegeven dat een wijziging van de huidige vervangende hechtenis van art. 24d Sr in een mogelijkheid tot gijzeling meer dan wenselijk is. Door een dergelijke wijziging wordt duidelijk dat vrijheidsbeneming wegens het niet-voldoen van een ontnemingsmaatregel alleen is toegelaten in het geval de betrokkene wel kan, maar niet wil betalen. Daarnaast biedt de gijzeling een betere rechtsbescherming doordat er een afzonderlijk rechterlijk verlov wordt vereist voor de toepassing van de gijzeling.

De minister heeft inmiddels in een concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving een voorstel gedaan om een op rechtsvorderlijke leest geschoeide gijzeling mogelijk te maken. Ik onderschrijf dit voorstel, zij het dat het op onderdelen nog voor verbetering vatbaar is. Allereerst zou de minister ondubbelzinnig in de wet – en niet alleen in de toelichting – tot uitdrukking moeten brengen dat de gijzeling uitsluitend betrekking heeft op betalingsonwil. Vervolgens zou de voorgestelde maximumduur van drie jaar naar beneden kunnen worden bijgesteld, met name gelet op het feit dat de vrijheidsbeneming de betalingsverplichting niet vervangt of doet verminderen. Tot slot zou de minister de bewijslast van de betalingsonwil expliciet bij het Openbaar Ministerie moeten leggen, zij het eventueel in combinatie met enige verlichting op het niveau van de bewijswaardering (zie nr. 554-557).

3.7 Conclusie

581. De voorgestelde wijzigingen van de regeling van de voordeelsontneming laten zich in twee categorieën verdelen. Het gaat om *a.* wijzigingen die alleen te bereiken zijn door een aanpassing van de wet,²⁴ en *b.* wijzigingen waarvan het resultaat ook te bereiken is door middel van (extensieve) interpretatie van de huidige regeling.

Tot de eerste categorie behoren de volgende voorstellen. Allereerst gaat het om het laten vallen van de scheiding tussen hoofdzaak en ontnemingsprocedure, zij het met behoud van de mogelijkheid van een latere behandeling van het ontnemingsgedeelte.²⁵ Op dit moment is een gevoegde behandeling van hoofdzaak en ontnemingsprocedure ook mogelijk, maar of dit gebeurt is afhankelijk van het moment waarop het Openbaar Ministerie de ontnemingsvordering instelt. Ten tweede betreft het de afschaffing van de mogelijkheid van vervangende hechtenis en het invoeren van de mogelijkheid van gijzeling. Hoewel op onderdelen de bezwaren tegen de regeling van de vervangende hechtenis door middel van interpretatie (van met name art. 577b leden 2 en 4 Sv) ten dele kunnen worden ondervangen, is een meer ingrijpende herziening van de onderdeel noodzakelijk om alle bezwaren te kunnen wegnemen. Ten derde gaat het om het voorzien in de mogelijkheid van een tussenvonnis. Indien de rechter op dit moment gedurende de ontnemingsprocedure laat blijken dat hij voornemens is een bewijsvermoeden toe te passen, handelt hij eigenlijk in strijd met art. 271 lid 2 Sv. Het toekennen van de bevoegdheid tot het wijzen van een tussenvonnis voorkomt dit. Tot de eerste categorie reken ik tot slot de voorstellen om de huidige regeling in te perken door het schrappen van zowel de derde als de vierde variant van art. 36e Sr.²⁶

582. De overige voorgestelde wijzigingen behoren tot de tweede categorie en zijn, als gezegd, door middel van interpretatie van de huidige regeling te bereiken. De noodzaak van een wetswijziging hangt in deze gevallen samen met het al dan niet aanvaarden van de gegeven interpretatie. Zo leidt een verdragsconforme interpretatie van de bewijsrechtelijke voorschriften ertoe dat een wetswijziging niet strikt noodzakelijk is. Een aanleiding voor wetswijziging kan wel worden gevonden in de wens tot codificatie van rechtspraak of van eisen die voortvloeien uit art. 6 lid 2 EVRM. Voor wat betreft art. 6 lid 2 EVRM is het ook denkbaar

24 Zie echter ook Nelen & Sabbe 1998, p. 241-242, die geen noodzaak van wetswijzigingen constateren voor zover het de hier besproken onderwerpen betreft. Vgl. ook Nelen 2000, p. 104.

25 Een wijziging van deze strekking heeft tevens tot gevolg dat er geen nadere regeling van de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling nodig is. Zie nr. 571.

26 Voor zover dit voorstel niet wordt overgenomen, wijs ik met betrekking tot art. 36e lid 3 Sr op de voorgestelde 'kleinere' aanpassingen zoals genoemd in nr. 569 en 574.

dat in de rechtspraak een nadere invulling wordt gegeven aan de wijze waarop deze bepaling een rol speelt bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel.²⁷

In het onderzoek is naar voren gekomen dat de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot een aantal onderwerpen naar mijn mening niet bevredigend is. Ik denk hierbij in het bijzonder aan de rechtspraak betreffende het vervolgingsbegrip (zie nr. 167-168), de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling (zie nr. 179-180), de reikwijdte van art. 36e lid 6 Sr (zie nr. 440-442), en de draagkracht-jurisprudentie (zie nr. 465-475). Naar mijn mening zou de Hoge Raad, teneinde de noodzaak van wetswijziging weg te nemen, zijn koers op deze punten moeten verleggen. In dit boek zijn daartoe verschillende suggesties gedaan.

4 Tot slot

583. Ten tijde van de totstandkoming van de ontnemingswetgeving – en daarmee ook van de huidige ontnemingsmaatregel – is er veel kritiek geuit op deze wetgeving.²⁸ Ook daarna is de kritiek niet verstomd.²⁹ In deze kritieken wordt de ontnemingsmaatregel veelal gepresenteerd als een sanctie die niet zozeer problematisch is vanwege het feit dat de betrokkene het verkregen voordeel moet afstaan, maar wel omdat de regeling van en rondom de ontnemingsmaatregel drastisch is uitgebreid.³⁰ Deze uitbreidingen zouden voordeelsontneming in ruime mate mogelijk moeten maken. In dat verband wordt vooral de sterk op doelmatigheid, en in veel mindere mate op rechtsbescherming, gerichte benadering van de wetgever gehekeld. Deze – breed gedragen³¹ – kritiek geeft aanleiding tot twee slotopmerkingen.

584. Ten eerste, het beeld van de huidige ontnemingspraktijk staat in schril contrast met hetgeen in de parlementaire stukken – en ook de daaraan voorafgaande rapporten – is opgemerkt over de noodzaak van de uitbreiding van de mogelijkheden van en rondom het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel. De voorspelling die in 1989 door een groep Tilburgse wetenschappers is gedaan, is (vooralsnog) uitgekomen. De ontnemingsmaatregel en daaraan gerelateerde

27 Vgl. in dit verband echter Rozemond 1998, p. 412, en Rozemond 2000, p. 712. Hij geeft aan dat een dergelijke explicatie van fundamentele rechtsnormen doorgaans onvoldoende tot uitdrukking komt in de rechtspraak van de Hoge Raad. In die zin ook Nelen 2000, p. 127.

28 Zie de bronnen vermeld in nr. 79.

29 Zie bijvoorbeeld De Roos 1994, p. 51.

30 Zie voor een soortgelijke constatering met betrekking tot de kritiek op het RAC-rapport (uit 1986) nr. 76.

31 De kritiek komt niet alleen naar voren in de literatuur, maar ook in de ontnemingspraktijk. Zie in dat verband vooral Nelen & Sabee 1998, die meerdere keren melding maken van kritiek van deze strekking zoals die wordt geuit door de verschillende actoren (zie in het bijzonder p. 80-119).

bevoegdheden worden niet zozeer ingezet tegen personen die ernstige strafbare feiten in georganiseerd verband begaan, maar veel meer tegen de 'gewone' wetsovertreder, waaronder ook de armlastige misdadiger.³² Het beeld dat is ontstaan, is dat de ontnemingswetgeving vooral heeft bewerkstelligd dat thans de mogelijkheden die de oude ontnemingsmaatregel al bood, worden benut.³³ Deze verschuiving in perspectief – van de ernstige, georganiseerde misdaad naar de doorsnee strafbare feiten – heeft mijns inziens geen directe consequenties voor het bestaansrecht van de ontnemingsmaatregel. Aan de besliste onwenselijkheid van het voorhanden zijn van misdaadgeld wordt geen afbreuk gedaan (zie ook nr. 108). Wel ligt in deze verschuiving aanleiding een aantal onderdelen van de wettelijke regeling te heroverwegen, zoals bijvoorbeeld het derde lid van art. 36e Sr. Tevens onderstreept het de noodzaak om de ontnemingsmaatregel te integreren in het 'gewone' strafrechtelijke sanctiepakket, waarbij ook de mogelijkheid onder ogen moet worden gezien dat er geen ontnemingsmaatregel wordt opgelegd.

Ten tweede, de waardering die men voor de regeling van de ontnemingsmaatregel kan hebben, hangt naar mijn mening sterk samen met de strategie die men kiest. Wie uitgaat van een minimale interpretatie van de wettelijke regeling (bijvoorbeeld op het gebied van het bewijsrecht), komt hoogst waarschijnlijk niet tot een positief oordeel over de waarborgen die de wet biedt. Maar een dergelijke benadering is niet altijd even zinvol. De wettelijke regeling en ook de wetsgeschiedenis bevatten zoveel onduidelijkheden dat het mijns inziens niet heel interessant is om de vraag te stellen of de ontnemingsmaatregel – en in bredere zin de ontnemingswetgeving – aanvaardbaar is in het licht van fundamentele rechtsbeginselen.³⁴ Waar het veeleer om gaat, is of de wettelijke regeling in overeenstemming met die rechtsbeginselen en andere strafrechtelijke principes kan worden uitgelegd. De bevindingen van dit onderzoek wijzen uit dat een dergelijke uitleg vaak mogelijk is. Het beeld dat de ontnemingswetgeving nauwelijks ruimte laat voor de rechtsbescherming van de betrokkene, wijzigt daardoor aanzienlijk.

32 Groenhuijsen & Van Kalmthout 1989, p. 204. Een empirische onderbouwing van het beeld van de ontnemingspraktijk is te vinden bij Nelen & Sabee 1998, onder andere op p. 69-77.

33 Zie ook Nelen & Sabee 1998, p. 177, en Nelen 2000, p. 128.

34 Vgl. bijvoorbeeld Keijser-Ringnalda 1994, p. 377.

Samenvatting

1. Dit boek doet verslag van een onderzoek naar de oplegging van de maatregel ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Sr). Deze maatregel is gericht op het ontnemen van het voordeel dat een misdadiger verkrijgt uit de door hem – of onder omstandigheden: door anderen – begane strafbare feiten. Onderwerp van onderzoek is *a.* het karakter van de ontnemingsmaatregel, *b.* de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, wil de rechter een ontnemingsmaatregel kunnen opleggen, en *c.* de wisselwerking tussen het karakter en de voorwaarden. Dit onderzoek vindt mede plaats op grond van een vergelijking met het Duitse recht. In *hoofdstuk 1* worden, naast een omschrijving van het doel van het onderzoek, de onderzoeksmethode en de opbouw van het boek uiteengezet.

2. De aandacht die gedurende de afgelopen twee decennia in internationaal verband allengs is ontstaan voor de voordeelsontneming, staat in *hoofdstuk 2* centraal. Twee verdragen vormen in het bijzonder de neerslag van de in de internationale gemeenschap levende wens om (het witwassen van) het misdaadgeld te bestrijden: het verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen (het Weense verdrag) en het verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven van de Raad van Europa (het Straatsburgse verdrag). Daarnaast worden in het tweede hoofdstuk nog diverse andere internationale initiatieven op hetzelfde terrein besproken.

Uit de beschrijving van al deze initiatieven komt naar voren dat er van het misdaadgeld twee soorten bedreigingen uitgaan: de mogelijkheid van beïnvloeding van maatschappelijke en politieke processen, welke de rechtsstaat in gevaar (kunnen) brengen, en het risico van sturing van de economie door de grote omvang van het misdaadgeld. De (repressieve) bestrijding van het misdaadgeld vindt plaats door de strafbaarstelling van het witwassen en de confiscatie van uit strafbare feiten verkregen vermogen. Een nadere beschouwing van de internationale rechtspolitieke visie leert dat de confiscatie is gebaseerd op twee veronderstellingen: de beïnvloeding van het beslissingspatroon van de misdadiger en het appelleren aan de moraal, aan de wezenlijke rechtvaardigheidsgedachte dat misdaad niet mag lonen.

Het realiteitsgehalte van de eerste veronderstelling blijkt niet heel hoog te zijn. De beoogde beïnvloeding van het beslissingspatroon, dat in essentie berust op een rechtseconomisch model, kan niet empirisch worden onderbouwd. Hoewel

de confiscatie enige invloed kan hebben op dat beslissingspatroon, zijn er duidelijke aanwijzingen dat een misdadiger zich veel meer door de verwachte opbrengsten dan door de verwachte verliezen laat leiden. Het beroep op de rechtvaardigheid laat zich mijns inziens overtuigender onderbouwen. Mede op grond van de *corrective justice*-benadering van het aansprakelijkheidsrecht kan de confiscatie worden opgevat als een wijze waarop de verstoorde rechtsorde wordt hersteld.

3. De opkomst van de ontnemingsmaatregel laat zich, zo komt in *hoofdstuk 3* aan de orde, in drie fasen onderverdelen: de opkomst in het economische strafrecht (1941-1950), de opkomst in het commune strafrecht (1966-1983) en tot slot de fase waarin de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel wordt uitgebreid en er meer strafvorderlijke voorzieningen voor de voordeelsontneming worden getroffen (1986-heden). Kijkt men naar de historische ontwikkeling van de ontnemingsmaatregel in Nederland, dan valt op dat de preventiegedachte de boventoon voert. De opkomst van de ontnemingsmaatregel hangt nauw samen met enerzijds de bestrijding van economische criminaliteit en anderzijds de wens de georganiseerde misdaad slagvaardiger aan te pakken. De rechtvaardigheid die is verbonden met het ontnemen van misdaadgeld, krijgt veel minder aandacht. Alleen in het eindrapport van de Commissie Vermogensstraffen komt het vereffenen van een onrechtvaardige situatie nadrukkelijk naar voren.

In het derde hoofdstuk heb ik tevens de opkomst van de Duitse ontnemings-sancities beschreven. Het gaat daarbij om de *Mehrerlösauführung*, de *Geldbuße* en het *Verfall* (zowel in het StGB als het OWiG). De opkomst van deze sancities is langs min of meer dezelfde lijnen verlopen als de opkomst van de ontnemings-maatregel in Nederland. Er zijn ook verschillen. Zo is het *Verfall* sinds 1992 niet langer gericht op het voordeel (het *Vermögensvorteil*), maar op de (bruto-)opbrengst (*etwas*). Daarnaast staat in het Duitse recht, anders dan in het Nederlandse, elke (potentiële) vordering van een benadeelde in de weg aan de strafrechtelijke voordeelsontneming.

4. Het karakter van de ontnemingsmaatregel wordt besproken in *hoofdstuk 4*. Onder karakter versta ik de grondslag tezamen met andere kenmerken van deze maatregel. Op grond van de wetsgeschiedenis laat het karakter van de ontnemingsmaatregel zich als volgt omschrijven. De ontnemingsmaatregel:

- is een sanctie met een eigen grondslag, te weten: de onwenselijkheid van het bestaan van wederrechtelijk verkregen vermogen;
- beoogt rechtsherstel, enkel vanuit het perspectief van de betrokkene;
- houdt vanuit een praktisch oogpunt verband met verwijtbaarheid, maar stelt dit niet als principieel vereiste.

Een nadere analyse aan de hand van dogmatische en rechtsvergelijkende gezichtspunten leidt tot een aanvulling met vier kenmerken:

- het rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene limiteert de ontnemingsmaatregel;
- de ratio van de ontnemingsmaatregel is weliswaar zichtbaar in het civiele recht, maar er is weinig reden om van een civielrechtelijk karakter te spreken;
- de ontnemingsmaatregel vormt een onderdeel van het strafrechtelijk sanctiepakket, hetgeen tevens inhoudt dat er reden is voor onderlinge afstemming van de opgelegde sancties;
- het nagestreefde rechtsherstel leidt niet tot een verplichte oplegging van de ontnemingsmaatregel.

In het vervolg van deze studie wordt dit karakter korthedshalve aangeduid als *normatief-reparatoir*.

Vervolgens is er onderzocht of het karakter van de ontnemingsmaatregel aanleiding geeft tot een verminderde mate van rechtsbescherming. Ik verdedig de stelling dat dit niet het geval is. Deze stelling wordt onderbouwd aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de begrippen *penalty* (art. 7 EVRM) en *criminal charge* (art. 6 EVRM).

5. Indien de betrokkene wegens het begaan van een strafbaar feit wordt veroordeeld, kan hem een ontnemingsmaatregel worden opgelegd ter zake van het door middel van of uit de baten van dit feit verkregen voordeel (eerste variant). Op grond van art. 36e lid 2 Sr mag echter ook het voordeel worden ontnomen dat is verkregen uit soortgelijke feiten en uit (niet-soortgelijke) feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (tweede en derde variant). Hiervoor is wel vereist dat er voldoende aanwijzingen bestaan dat de betreffende feiten door de betrokkene zijn begaan.

Het derde lid van art. 36e lid 3 Sr voorziet in een bijzondere mogelijkheid van voordeelsontneming (vierde variant). Indien de betrokkene is veroordeeld wegens een strafbaar feit waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, en wegens dat misdrijf een SFO tegen hem is ingesteld, kan aan hem een ontnemingsmaatregel worden opgelegd '(...) indien gelet op dat onderzoek aannemelijk is dat ook andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk verkregen voordeel heeft verkregen.' Het gaat hier om een bijzondere vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid: de verkrijging van dit voordeel hoeft niet voort te komen uit strafbare feiten die door de betrokkene zelf zijn begaan. Ook hoeft er niet vastgesteld te worden dat het in ontvangst nemen van dit – primair door anderen verkregen – voordeel een strafbaar feit (heling) oplevert.

In *hoofdstuk 5* staat deze (verruiming van de) reikwijdte van de ontnemingsmaatregel centraal. Daarbij gaat de aandacht vooral uit, mede in het licht van de scheiding van hoofdzaak en ontnemingsprocedure, naar de werking van het ne bis in idem-beginsel. Hoewel de jurisprudentie van de Hoge Raad tot een andere conclusie aanleiding geeft, leidt naar mijn mening het vervolgingsbegrip er toe, mede in het licht van de wetsgeschiedenis, dat art. 68 lid 1 Sr van toepassing. Dientengevolge is er in de volgende situaties sprake van een dubbele vervolging:

a. een strafbaar feit wordt ten laste gelegd, het Openbaar Ministerie laat een ontnemingsvordering achterwege en de rechter beslist ten gronde over dit feit. Hetzelfde feit mag nu niet in een ontnemingsvordering, welke volgt op een latere veroordeling, worden betrokken. Dit geldt echter niet voor zover het feit wordt betrokken in een ontnemingsvordering op grond van art. 36e lid 3 Sr en het feit door een ander dan de betrokkene is begaan;

b. een strafbaar feit wordt, zonder dat het feit eerder ten laste is gelegd, betrokken in een ontnemingsprocedure. Indien de rechter in de ontnemingsprocedure ten gronde over het feit beslist, mag hetzelfde feit vervolgens niet meer ten laste worden gelegd. Dit geldt alleen niet voor zover het feit ten laste wordt gelegd aan een ander dan de betrokkene, hetgeen zich laat denken bij art. 36e lid 3 Sr. Daarnaast mag het betreffende feit niet nogmaals in een ontnemingsmaatregel worden betrokken. Dat volgt tevens uit art. 36e lid 7 Sr.

Vervolgens wordt de bijzondere situatie besproken waarin de betrokkene in de hoofdzaak niet wordt veroordeeld ter zake van een ten laste gelegd strafbaar feit, maar dit feit vervolgens wel in de opeenvolgende ontnemingsprocedure en ontnemingsmaatregel wordt betrokken. Over deze kwestie heb ik een standpunt verdedigd dat afwijkt van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Naar mijn mening zou ontneming na niet-veroordeling alleen mogelijk moeten zijn na een formeel beletsel, waarbij nog een uitzondering moet worden gemaakt voor de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Bij een materieel beletsel acht ik ontneming na niet-veroordeling in het geheel niet mogelijk. Naar mijn mening staat primair art. 68 lid 1 Sr aan ontneming in de weg, en subsidiair art. 6 lid 2 EVRM.

Tot slot wordt in het vijfde hoofdstuk de uitzondering op de hoofdregel van art. 75 Sr, die inhoudt dat het recht tot tenuitvoerlegging van de straf of maatregel vervalt door de dood van de veroordeelde, besproken. Deze uitzondering houdt in dat een onherroepelijk opgelegde ontnemingsmaatregel ten uitvoer kan worden gelegd op de nalatenschap van de betrokkene. Op grond van het door de ontnemingsmaatregel nagestreefde rechtsherstel moet mijns inziens hierbij één beperking worden gesteld. In het geval dat de nabestaanden de nalatenschap zuiver aanvaarden en het bedrag van de ontnemingsmaatregel het bedrag van de

nalatenschap overstijgt, is een matiging voor het bedrag van het surplus geboden. De procedure van art. 577b lid 2 Sv biedt hiertoe de mogelijkheid.

6. De ontnemingsmaatregel is gericht op de ontneming van wederrechtelijk verkregen *voordeel*. Het is opvallend dat dit voordeelsbegrip in de wet en de wetsgeschiedenis nauwelijks is genormeerd. In *hoofdstuk 6* is dit begrip daarom aan de hand van het rechtsherstel dat de ontnemingsmaatregel beoogt en van het begrip *Vermögensvorteil*, uitgewerkt. Voordeel duidt daarbij op een vermogensvermeerdering, welke het (causale) gevolg is van een bepaalde gebeurtenis terwijl die vermeerdering kan worden vastgesteld door een vergelijking met de hypothetische situatie waarin die gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Daarmee zijn drie elementen van het voordeelsbegrip geduid: een *causaal*, een *vergelijkings-* en een *hypothetisch* element.

Het causale element duidt erop dat het voordeel moet zijn voortgekomen uit het begaan van een strafbaar feit. Uit het Urker visafslag-arrest (HR 8 juli 1992, NJ 1993, 12) blijkt dat het hierbij niet van belang is of de betrokkene eenzelfde winst ook zou hebben kunnen verkrijgen door middel van legale handelingen. Het feit dat er een strafbaar feit is begaan, vormt het uitgangspunt voor de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Dat neemt niet weg dat men wel moet onderzoeken of de overtreden norm strekt tot het voorkomen van het verkrijgen van voordeel uit die overtreding. Indien vaststaat welk voordeel primair is behaald, kan worden onderzocht of zich tengevolge van deze voordeelsverkrijging een andere vermogensvermeerdering heeft voorgedaan. Is dat het geval, dan is er sprake van vervolgprijft, hetgeen tevens in de ontnemingsmaatregel kan worden betrokken. Het causale element ziet men ook bij de aftrek van kosten. Reële uitgaven die direkt verband houden met het begaan van het strafbare feit (uitvoeringskosten), moeten in mindering worden gebracht op de opbrengst.

Het vergelijkingsselement heeft betrekking op het karakter van de ontnemingsmaatregel. De ontneming van het voordeel moet ertoe leiden dat de betrokkene zo veel mogelijk wordt gebracht in de situatie zoals die zou hebben bestaan indien het strafbare feit niet was begaan. Teneinde te voorkomen dat het herstel doorschiet en verwordt tot een betalingsverplichting die de betrokkene in een slechtere positie plaatst, moet het herstel plaatsvinden door de betrokkene datgene te ontnemen dat hij daadwerkelijk heeft verkregen. Dit principe is vooral van belang voor de wijze waarop de waarde van verkregen voorwerpen wordt vastgesteld. De methode van waardering moet, met uitzondering van eventueel te hanteren bewijsvermoedens, vrij zijn van enige objectivering.

Met het vergelijkingsselement is ook het hypothetische element ten dele geduid: het rechtmatige alternatief is immers feitelijk een fictie, de onrechtmatige gedraging is de werkelijkheid. Men ontkomt echter niet aan de vaststelling van deze fictieve

situatie. In veel gevallen betekent dit eenvoudig het wegdenken van het strafbare feit, maar soms moet (daarnaast) een andere handeling erbij worden gedacht. Zo is voor de vaststelling van een besparing van kosten vereist dat wordt onderzocht welke kosten zouden ontstaan bij een normale, legale gang van zaken.

7. Het bewijsregime van art. 338-344a Sv is in de ontnemingsprocedure niet van toepassing. In art. 36e lid 2 Sr wordt voor wat betreft de bewijswaardering gesproken van 'voldoende aanwijzingen', terwijl art. 36e lid 3 Sr het criterium 'aannemelijk' noemt. Verder schrijft art. 511f Sv voor dat de rechter de schatting van het voordeel slechts kan ontleenen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen. De precieze inhoud van deze voorschriften wordt uit de wetsgeschiedenis niet duidelijk. Met betrekking tot art. 36e lid 3 Sr brengt de minister naar voren dat deze bepaling een verdeling van de bewijslast inhoudt, welke echter geen omkering van de bewijslast behelst. Hiervan maakt onderdeel uit dat de rechter op basis van een onderzoek naar de verhouding van het totale vermogen en de (aantoonbare) legale activiteiten van de betrokkene, een oordeel velst over zijn betrokkenheid bij illegale activiteiten en het daaraan gerelateerde vermogen. Hierbij bestaat ten opzichte van de betrokkene de verwachting dat hij ontlastend materiaal aandraagt.

In *hoofdstuk 7* wordt het in de ontnemingsprocedure geldende bewijsrecht nader geanalyseerd. Met betrekking tot art. 36e lid 2 Sr constateer ik dat het verschil met het bewijsregime van art. 338-344a Sv relatief gering is, althans behoort te zijn. Er moet voor het doen van feitelijke vaststellingen die van belang zijn voor het constateren van het begaan zijn van strafbare feiten en het daaruit verkregen voordeel, een mate van zekerheid worden verlangd die niet (wezenlijk) verschilt van het overtuigingscriterium van art. 338 Sv. Het belangrijkste verschil met de hoofdzaak is dat de voorschriften met betrekking tot de bewijsminima niet van toepassing zijn. Dit heeft echter nauwelijks consequenties.

Uit de rechtspraak blijkt verder dat de verlichting van het bewijs van de verkrijging en de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel in de praktijk hoofdzakelijk wordt gezocht in het gebruik van (rechterlijke) bewijsvermoedens. Het gaat hier om een algemene wijze van redeneren door een rechter die ook in gewone strafzaken denkbaar is. Dit leidt tot de opmerkelijke constatering dat deze verlichting ook zou kunnen zijn bewerkstelligd indien de wetgever geen afwijkend bewijsregime had beoogd. In het licht van de mogelijkheid van een effectieve verdediging is overigens wel een knelpunt dat de rechter niet bevoegd is tot het wijzen van een tussenvonnis.

Met betrekking tot het bewijsrecht bij de toepassing van art. 36e lid 3 Sr zorgt de door de minister beoogde redelijke verdeling van de bewijslast voor complicaties. Aan de hand van de betekenis van het begrip 'bewijslastverdeling' in het civiele recht en het strafprocesrecht, de normen die voortvloeien uit art. 6 lid 2 EVRM

en de rechtspraak van het BGH met betrekking tot het *erweiterte Verfall* kom ik tot nadere uitleg van die redelijke verdeling van de bewijslast. Die uitleg houdt in dat de bewijslast en het bewijsrisico bij het Openbaar Ministerie liggen en dat voor de bewijswaardering het vereiste van rechterlijke overtuiging geldt. Het gebruik van vermoedens is binnen deze kaders wel tot op zekere hoogte toelaatbaar. De consequentie van dit alles is dat de mogelijkheden die art. 36e lid 3 Sr biedt, aanzienlijk minder spectaculair zijn dan men bij een eerste lezing van de kamerstukken zou verwachten.

8. De rechter heeft de bevoegdheid om het bedrag van de betalingsverplichting lager te vast te stellen dan het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e lid 4 Sr). In *hoofdstuk 8* wordt onderzocht in welke gevallen de rechter van deze bevoegdheid gebruik moet of mag maken.

Art. 36e lid 6 Sr schrijft voor dat de rechter rekening moet houden met het bedrag van in rechte toegekende vorderingen van benadeelde derden. De Hoge Raad betreft dit voorschrift op de voordeelsberekening. Mijns inziens is er echter aanleiding deze bepaling op te vatten als een matigingsplicht die toeziet op alle schade die is ontstaan tengevolge van het feit waaruit het voordeel is verkregen. De ratio van dit voorschrift is dat de ontnemingsmaatregel terugtreedt indien en voor zover het beoogde rechtsherstel geschiedt door het vergoeden van schade. In de jurisprudentie wordt verder aanvaard dat de rechter ook rekening kan houden met vorderingen die (nog) niet in rechte zijn toegekend, maar waarvan de omvang en de legitimiteit voldoende vastaan, en met restituties. Verder biedt art. 577b lid 2 Sv de mogelijkheid om een reeds opgelegde ontnemingsmaatregel te herzien in verband met vorderingen van benadeelde derden.

Het zevende lid van art. 36e Sr verplicht de rechter rekening te houden met eerder opgelegde ontnemingsmaatregelen. De minister ziet dit voorschrift als een beschermingsinstrument tegen een dubbele ontneming ter zake van één en hetzelfde feit. Naar mijn mening vloeit die bescherming reeds voort uit art. 68 lid 1 Sr. De instructie van art. 36e lid 7 Sr heeft wel zelfstandige betekenis in relatie tot de afroomboete. Indien een geldboete mede de strekking heeft voordeel te ontnemen, behoort de rechter bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel de voordeelscomponent van deze geldboete te verdisconteren.

Een veel voorkomende matigingsgrond in de praktijk vormt (het ontbreken van) de draagkracht van de betrokkene. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad is de rechter verplicht de betalingsverplichting te matigen indien de betrokkene thans en in de toekomst niet in staat is de betalingsverplichting te voldoen. Ik constateer dat deze regel geen adequate reactie is op de oorzaken van de draagkrachtjurisprudentie: het voorkomen van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis en de wens om tegemoet te komen aan erbarmelijke

gevallen. Eén van de belangrijkste bezwaren is dat de Hoge Raad het opleggen van een ontnemingsmaatregel als uitgangspunt lijkt te stellen en het matigen als uitzondering. Tegenover de draagkrachtjurisprudentie stel ik een alternatieve benadering die voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel een redelijke verwachting vereist dat de betrokkene de maatregel kan voldoen. Tevens moet de beslissing tot oplegging geschieden in het licht van de overige op te leggen sancties. In de praktijk kan deze afstemming worden belemmerd doordat de ontnemingsprocedure niet gelijktijdig met de hoofdzaak wordt behandeld. Matiging komt mijns inziens eerst aan de orde indien de (huidige en toekomstige) draagkracht niet geheel ontbreekt, maar in vergelijking met de hoogte van het verkregen voordeel en gelet op eventuele andere schulden relatief gering is.

In hoofdstuk 8 worden nog enkele andere matigingsgronden genoemd die in de jurisprudentie naar voren komen: het overschrijden van de redelijke termijn, het overschrijden van het bedrag van de vordering van het Openbaar Ministerie en het ontbreken van een georganiseerd verband. De laatste twee matigingsgronden vinden naar mijn mening geen steun in het recht.

Aan het slot van dit hoofdstuk stel ik meer in het algemeen vast dat de bevoegdheid tot het matigen van de betalingsverplichting geen eenduidige grondslag kent. In sommige gevallen is de matiging erop gericht te voorkomen dat er meer wordt ontnomen dan op grond van het beoogde rechtsherstel is vereist, in andere gevallen vindt een matiging plaats om andere belangen boven het rechtsherstel te laten prevaleren.

9. In het geval dat de ontnemingsmaatregel aan een natuurlijk persoon wordt opgelegd, beveelt de rechter voor het geval volledige betaling noch volledig verhaal van het bedrag van de betalingsverplichting plaatsvindt, dat vervangende hechtenis met een maximale duur van zes jaar zal worden toegepast (art. 24d lid 1 Sr). Na het volledig ondergaan van deze vervangende hechtenis komt de betalingsverplichting te vervallen. Betalingen gedurende de vervangende hechtenis leiden alleen tot een beëindiging van de vrijheidsbeneming indien de betalingsverplichting hierdoor volledig wordt voldaan (art. 24d lid 2 Sr).

Hoofdstuk 9 handelt over de vervangende hechtenis van art. 24d Sr en in het bijzonder over de strekking daarvan. Dit instrument kan op drie manieren worden beschreven: als *vervanging* van de betalingsverplichting door hechtenis, als *leedtoevoegende reactie* wegens gebleken betalingsonwil en als *pressiemiddel*. Ik betoog dat, gelet op het rechtsherstel dat met de ontnemingsmaatregel wordt beoogd, het karakter van pressiemiddel het meest passend is. Het pressie-element zou ook als het normatieve element van de vervangende hechtenis moeten gelden. Dit komt echter onvoldoende tot uitdrukking in de wettelijke regeling. Zo klemmt het dat de toepassing van de vervangende hechtenis niet is beperkt tot gevallen

van betalingsonwil – en daarom tevens betalingsonmacht omvat – alsmede dat een afzonderlijke rechterlijke toetsing van de tenuitvoerlegging daarvan ontbreekt. In het concept-wetsvoorstel ter aanpassing van de ontnemingswetgeving, waarin art. 24d Sr wordt geschrapt en vervangen door een mogelijkheid van gijzeling, worden deze bezwaren wel (grotendeels) ondervangen.

10. Het boek wordt afgesloten met een slotbeschouwing in *hoofdstuk 10*. Hierin komen nog twee onderwerpen aan de orde: de verhouding tussen het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de ontnemingsmaatregel, alsmede de knelpunten die de huidige regeling bevat en de mogelijkheden tot aanpassing daarvan.

Er wordt geconcludeerd dat het rechtsherstel bij de uitleg van de verschillende voorwaarden een belangrijke interpretatieve rol kan en mijns inziens ook moet spelen. Omgekeerd geldt niet dat de toepassing van de wettelijke regeling ook altijd tot rechtsherstel leidt. Daartegen bestaat geen bezwaar voor zover dat geschiedt om andere belangen te laten prevaleren. Het huidige recht kan op twee onderdelen niet goed worden verenigd met het beoogde rechtsherstel: de scheiding van hoofdzaak en ontnemingsprocedure en de regeling van de vervangende hechtenis. Deze knelpunten geven geen aanleiding tot het herformuleren van het karakter van de ontnemingsmaatregel, maar wel tot wetswijzigingen.

Vervolgens worden er vier wijzigingen van de wet voorgesteld. Het gaat om *a.* het laten vallen van de scheiding tussen hoofdzaak en ontnemingsprocedure, waarbij wel voorzien wordt in een facultatieve latere behandeling van het ontnemingsgedeelte, *b.* het vervangen van de vervangende hechtenis door een mogelijkheid van gijzeling, *c.* het voorzien in de mogelijkheid tot het wijzen van een tussenvonnis en *d.* het schrappen van de derde en vierde variant van art. 36e Sr.

Dit boek sluit af met twee opmerkingen. Ten eerste, het beeld van de huidige ontnemingspraktijk komt niet overeen met het beeld dat bij de totstandkoming van de ontnemingswetgeving is geschetst. De ontnemingsmaatregel wordt niet zozeer ingezet ter bestrijding van ernstige en georganiseerde vormen van criminaliteit, maar veeleer tegen doorsnee strafbare feiten. Dit doet geen afbreuk aan het bestaansrecht van de ontnemingsmaatregel. Het geeft wel aanleiding tot het heroverwegen van een aantal onderdelen van de wettelijke regeling en het onderstreept de noodzaak van integratie met het 'gewone' strafrechtelijke sanctiepakket. Ten tweede, in het kader van de ontnemingswetgeving is niet zozeer de vraag van belang of de ontnemingsmaatregel – en in bredere zin de ontnemingswetgeving – aanvaardbaar is in het licht van fundamentele rechtsbeginselen. Het gaat er veeleer om of de ontnemingsmaatregel in overeenstemming met die beginselen kan worden uitgelegd. Een dergelijke uitleg blijkt vaak mogelijk te zijn.

Zusammenfassung

Die Gewinnabschöpfungsmaßnahme

Eine Studie über den Charakter und die Voraussetzungen zur Auferlegung der Maßnahme zwecks Abschöpfung des widerrechtlich erlangten Vorteils (Artikel 36e niederländisches Strafgesetzbuch)

1. Dieses Buch berichtet von einer Studie über die Auferlegung der Maßnahme zur Abschöpfung des widerrechtlich erlangten Vorteils, Art. 36e Sr (Strafgesetzbuch). Diese Maßnahme zielt auf die Abschöpfung von Vorteil, den ein Verbrecher durch Straftaten, die von ihm - oder unter Umständen: von anderen - begangen wurden, erhält. Thema der Studie ist *a.* der Charakter der Gewinnabschöpfung, *b.* die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, sollte der Richter die Gewinnabschöpfung auferlegen wollen und *c.* die Wechselwirkung zwischen dem Charakter und den Voraussetzungen. Diese Studie findet auch auf Grund eines Vergleichs mit dem deutschen Recht statt. In *Kapitel 1* werden, neben einer Umschreibung der Absicht der Studie, die Studienmethode und der Aufbau des Buches auseinandergesetzt..

2. Die Beachtung, die während der letzten zwei Jahrzehnte in internationalem Zusammenhang allmählich für die Gewinnabschöpfung entstand, steht in *Kapitel 2* zentral. Zwei Übereinkommen bilden im Besonderen den Niederschlag des in der internationalen Gemeinschaft vorhandenen Wunsches, Geldwäsche illegal erworbenen Geldes zu bekämpfen: das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den Schwarzhandel von Rauschgift und psychotropen Stoffen (Wiener Übereinkommen) und das Übereinkommen des Europarates (das Straßburger Übereinkommen) bezüglich der Geldwäsche, Fahndung, Beschlagnahmung und Konfiskation von Vorteilen von Verbrechen. Daneben werden im zweiten Kapitel noch verschiedene andere internationale Initiativen auf demselben Gebiet besprochen.

Aus den Beschreibungen aller dieser Initiativen kommt zu Tage, dass von dem Geld, das durch ein Verbrechen erworben wurde, zwei Bedrohungsarten ausgehen: die Möglichkeit einer Beeinflussung gesellschaftlicher und politischer Prozesse, die den Rechtsstaat in Gefahr bringen (können), und das Risiko der Lenkung der Wirtschaft durch den großen Umfang des durch ein Verbrechen

erworbenen Geldes. Die (repressive) Bekämpfung des durch ein Verbrechen erworbenen Geldes findet durch die Strafbarmachung der Geldwäsche und durch Konfiskation des durch Straftaten erworbenen Vermögens statt. Eine nähere Betrachtung der internationalen rechtspolitischen Anschauungsweise lehrt, dass die Konfiskation auf zwei Voraussetzungen basiert ist: die Beeinflussung des Entscheidungspatrons des Verbrechers und das Apellieren an die Moral, an den wesentlichen Rechtfertigungsgedanken, dass Verbrechen nicht lohnen darf.

Der Realitätsgehalt der ersten Voraussetzung scheint nicht sehr hoch zu sein. Die beabsichtigte Beeinflussung des Entscheidungspatrons, das in der Essenz auf einem rechtswirtschaftlichen Modell beruht, kann nicht empirisch untermauert werden. Obwohl die Konfiskation einigen Einfluss auf dieses Entscheidungspatron haben kann, gibt es deutliche Hinweise darauf, dass ein Verbrecher sich viel eher durch die erwarteten Vorteile als durch die erwarteten Verluste leiten lässt. Die Berufung auf die Rechtfertigung lässt sich meines Erachtens überzeugender untermauern. Auch auf Grund der *corrective justice*-Annäherung des Haftungsrechts kann die Konfiskation aufgefasst werden als eine Art, auf die die gestörte Rechtsordnung wiederhergestellt wird.

3. Das Entstehen der Gewinnabschöpfungsmaßnahme lässt sich, wie in *Kapitel 3* zur Sprache kommt, in drei Phasen unterteilen: das Entstehen im wirtschaftlichen Strafrecht (1941-1950), das Entstehen im allgemeinen Strafrecht (1966-1983) und zum Schluss die Phase, in der die Reichweite der Gewinnabschöpfungsmaßnahme erweitert wird und mehr strafferforderliche Maßnahmen für die Gewinnabschöpfung getroffen werden (1986-heute). Blickt man auf die historische Entwicklung der Gewinnabschöpfungsmaßnahme in den Niederlanden fällt auf, dass der präventive Gedanke vorherrscht. Das Erscheinen der Gewinnabschöpfungsmaßnahme hängt eng zusammen mit einerseits der Bekämpfung der wirtschaftlichen Kriminalität und andererseits mit dem Wunsch, das organisierte Verbrechen energisch anzupacken. Die Gerechtigkeit, die mit der Abschöpfung des durch ein Verbrechen erworbenen Geldes verbunden ist, bekommt viel weniger Aufmerksamkeit. Nur im Endbericht der Kommission für Vermögensstrafen (*Commissie Vermogensstraffen*) kommt das Begleichen einer unrechtmäßigen Situation nachdrücklich zu Tage.

Im dritten Kapitel habe ich zugleich das Entstehen der deutschen Abschöpfungssanktionen beschrieben. Es geht dabei um die Mehrerlösabführung, die Geldbuße und den Verfall (sowohl im StGB als auch im OWiG). Das Entstehen dieser Sanktionen ist entlang der mehr oder weniger gleichen Tendenzen verlaufen wie das Entstehen der Gewinnabschöpfungsmaßnahme in den Niederlanden. Es gibt auch Unterschiede. So ist der Verfall seit 1992 nicht länger auf den Vermögensvorteil ausgerichtet, sondern auf den (Brutto-)Vorteil ('etwas'). Daneben

steht im Deutschen Recht, anders als in den Niederlanden, jeder (potentielle) Anspruch eines Verletzten der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung im Wege.

4. Der Charakter der Gewinnabschöpfungsmaßnahme wird in *Kapitel 4* besprochen. Unter Charakter verstehe ich die Grundlage zusammen mit anderen Merkmalen dieser Maßnahme. Auf Grund der Gesetzesgeschichte lässt sich der Charakter der Gewinnabschöpfungsmaßnahme folgendermaßen umschreiben. Die Gewinnabschöpfungsmaßnahme:

- ist eine Sanktion mit einer eigenen Grundlage, und zwar: die Unerwünschtheit des Bestehens widerrechtlich erworbenen Vermögens;
- beabsichtigt Ausgleich, nur aus der Perspektive des Beteiligten;
- hält aus einem praktischen Gesichtspunkt Zusammenhang mit Vorwurfbarkeit, aber stellt dies nicht als prinzipielle Bedingung.

Eine eingehendere Analyse anhand von dogmatischen und rechtsvergleichenden Gesichtspunkten führt zu einer Ergänzung mit vier Merkmalen:

- der Ausgleich aus der Perspektive des Beteiligten limitiert die Gewinnabschöpfungsmaßnahme;
- die Ratio der Gewinnabschöpfungsmaßnahme ist zwar sichtbar im Zivilrecht, aber es gibt kaum Grund, um von einem zivilrechtlichen Charakter zu sprechen;
- die Gewinnabschöpfungsmaßnahme bildet einen Teil des strafrechtlichen Sanktionspakets, was zugleich beinhaltet, dass es einen Grund für Abstimmung untereinander bezüglich der auferlegten Sanktionen gibt;
- der angestrebte Ausgleich führt nicht zu einer verpflichteten Auferlegung der Gewinnabschöpfungsmaßnahme.

Im Verlauf dieser Studie wird dieser Charakter der Kürze wegen angedeutet als *normativer Ausgleich*.

Danach wurde untersucht, ob der Charakter der Gewinnabschöpfungsmaßnahme Anlass zu einem verminderten Maß an Rechtsschutz gibt. Ich verteidige die Behauptung, dass dies nicht der Fall sei. Diese Behauptung wird anhand der Jurisprudenz des EGMR Bezug auf die Begriffe *penalty* (Art. 7 EMRK) und (Art. 6 EMRK) untermauert.

5. Wenn der Beteiligte wegen des Begehens einer Straftat verurteilt wird, kann ihm eine Gewinnabschöpfungsmaßnahme auferlegt werden hinsichtlich des Vorteils, der durch oder aus den Aktiva dieser Tat erworben wurde (erste Variante). Auf Grund von Art. 36e Absatz 2 Sr darf allerdings auch der Vorteil abgeschöpft werden, der aus ähnlichen Taten und aus (nicht-ähnlichen) Taten erlangt wurde, wofür eine Geldstrafe von maximal NLG 100.000 auferlegt werden kann (zweite

und dritte Variante). Hierfür ist aber erforderlich, dass es genügend Anweisungen gibt, dass die betreffenden Taten von dem Beteiligten begangen wurden.

Der dritte Absatz von Art. 36e Absatz 3 Sr enthält noch eine besondere Möglichkeit von Gewinnabschöpfung (vierte Variante). Falls der Beteiligte wegen einer Straftat verurteilt wurde, wofür eine Geldstrafe von maximal NLG 100.000 auferlegt werden kann und wegen dieses Verbrechens eine finanzielle Strafuntersuchung gegen ihn eingeleitet wurde, kann ihm eine Gewinnabschöpfungsmaßnahme auferlegt werden '(...) falls, unter Berücksichtigung dieser Untersuchung, annehmbar ist, dass auch andere Straftaten auf irgendeine Art dazu geführt haben, dass der Verurteilte widerrechtlich erworbenen Vorteil erhalten hat.' Es handelt sich hier um eine besondere Form strafrechtlicher Haftbarkeit: das Erlangen dieses Vorteils muss nicht Straftaten entstammen, die von dem Beteiligten selbst begangen wurden. Auch braucht nicht festgestellt zu werden, dass das in Empfangnehmen dieses – primär von anderen erhaltenen – Vorteils eine Straftat (Hehlerei) ergibt.

In *Kapitel 5* steht diese (Ausweitung der) Reichweite der Gewinnabschöpfungsmaßnahme zentral. Dabei richtet sich die Aufmerksamkeit vor allem, auch im Zusammenhang mit der Trennung zwischen dem Hauptverfahren und der Abschöpfungsprozedur, auf die Wirkung von dem *ne bis in idem*-Prinzip. Obwohl die Jurisprudenz des Obersten Gerichtshofs der Niederlande zu einer anderen Schlussfolgerung Anlass gibt, führt meiner Meinung nach der Verfolgungsbegriff dazu, auch im Licht der Gesetzesgeschichte betrachtet, dass Art. 68 Absatz 1 Sr zutreffend ist. Demzufolge ist in den folgenden Situationen von einer doppelten Verfolgung die Rede:

a. eine Straftat wird zu Lasten gelegt, die Staatsanwaltschaft unterlässt eine Forderung auf Gewinnabschöpfung und der Richter entscheidet selbst in dieser Sache. Dieselbe Tat darf nun nicht in eine Gewinnabschöpfungsforderung, die einer späteren Verurteilung folgt, einbezogen werden. Dies gilt allerdings nicht, soweit die Tat in eine Gewinnabschöpfungsforderung auf Grund von Art. 36e Absatz 3 Sr einbezogen wird und die Tat von einem Anderen als dem Beteiligten begangen wurde.

b. eine Straftat wird, ohne dass die Tat früher zu Lasten gelegt wurde, in ein Abschöpfungsverfahren einbezogen. Falls der Richter im Abschöpfungsverfahren selbst über die Tat entscheidet, darf dieselbe Tat danach nicht mehr zu Lasten gelegt werden. Dies gilt nur nicht, soweit die Tat einem Anderen als dem Beteiligten zu Lasten gelegt wird, was bei Art. 36e Absatz 3 Sr denkbar wäre. Daneben darf die betreffende Tat nicht noch einmal in eine Gewinnabschöpfungsmaßnahme einbezogen werden. Dies geht zugleich aus Art. 36e Absatz 7 Sr hervor.

Danach wird die besondere Situation besprochen, in der der Beteiligte in dem Hauptverfahren nicht verurteilt wird hinsichtlich einer zu Lasten gelegten Straftat, aber diese Tat danach doch in dem folgenden Abschöpfungsverfahren

und in die Gewinnabschöpfungsmaßnahme hineinbezogen wird. Über diese Angelegenheit habe ich einen Standpunkt verteidigt, der von der Jurisprudenz des Niederländischen Obersten Gerichtshofs abweicht. Meiner Meinung nach dürfte die Abschöpfung nach einer Nicht-Verurteilung nur nach einem formellen Hindernis möglich sein, wobei noch eine Ausnahme gemacht werden muss für die Unzulässigkeit der Staatsanwaltschaft. Bei einem materiellen Hindernis betrachte ich die Abschöpfung nach einer Nicht-Verurteilung im Ganzen als nicht möglich. Meiner Meinung nach steht primär Art. 68 Absatz 1 Sr der Abschöpfung im Wege und subsidiär Art. 6 Absatz 2 EMRK.

Zum Schluss wird im fünften Kapitel die Ausnahme auf die Hauptregel von Art. 75 Sr, die beinhaltet, dass das Recht zur Vollstreckung der Strafe oder der Maßnahme durch den Tod des Verurteilten verfällt, besprochen. Diese Ausnahme beinhaltet, dass eine unwiderruflich auferlegte Gewinnabschöpfungsmaßnahme auf den Nachlass des Beteiligten vorgenommen werden kann. Auf Grund des durch die Gewinnabschöpfungsmaßnahme nachgestrebten Ausgleichs muss meiner Meinung nach hierbei eine Beschränkung angeführt werden. Im Falle, dass die Hinterbliebenen den Nachlass in vollständigem Ausmaß annehmen und der Betrag der Gewinnabschöpfungsmaßnahme den Betrag des Nachlasses übersteigt, ist eine Mäßigung für den Betrag des Überschusses geboten. Das Verfahren von Art. 577b Absatz 2 Sv (Strafprozessordnung) bietet dazu die Möglichkeit.

6. Die Gewinnabschöpfungsmaßnahme richtet sich auf die Abschöpfung von widerrechtlich erlangtem *Vorteil*. Es ist auffallend, dass der Begriff *Vorteil* im Gesetz und in der Gesetzesgeschichte kaum normiert ist. In *Kapitel 6* ist dieser Begriff darum anhand des Ausgleichs, der die Gewinnabschöpfungsmaßnahme beabsichtigt und von dem Begriff *Vermögensvorteil*, ausgearbeitet. *Vorteil* deutet dabei auf eine Vermögensvermehrung, die die (kausale) Folge eines bestimmten Ereignisses ist, während die Vermehrung festgestellt werden kann durch eine Vergleichung mit der hypothetischen Situation, in der das Ereignis nicht stattgefunden hätte. Damit sind drei Elemente des Vorteilbegriffs erklärt: ein: *kausales*, ein *vergleichendes* und ein *hypothetisches* Element.

Das kausale Element deutet darauf hin, dass es *Vorteil* betreffen muss, der aus dem Begehen einer Straftat entstammt. Aus dem *Urker Visafslag*-Urteil (HR 8. Juli 1992, NJ 1993, 12) wird ersichtlich, dass es hierbei nicht von Bedeutung ist, ob der Beteiligte einen selben *Vorteil* mit Hilfe von legalen Handlungen auch hätte erlangen können. Die Tatsache, dass eine Straftat begangen wurde, bildet den Ausgangspunkt für die Feststellung des widerrechtlich erlangten *Vorteils*. Dies nimmt nicht hinweg, dass man sehr wohl untersuchen muss, ob die übertretene Norm dazu dient, das Erlangen des *Vorteils* aus dieser Übertretung zu verhindern. Falls feststeht, welcher *Vorteil* primär erlangt wurde, kann untersucht werden,

ob in Folge dieser Vorteilerlangung eine andere Vermögensvermehrung eingetreten ist. Ist dieses der Fall, ist hier die Rede von Nachfolgeprofit, der zugleich in die Gewinnabschöpfungsmaßnahme hineinbezogen werden kann. Das kausale Element sieht man auch beim Abzug von Kosten. Reale Ausgaben, die direkt mit dem Begehen der Straftat zusammenhängen (Ausführungskosten), müssen von dem Ertrag abgezogen werden.

Das Vergleichselement bezieht sich auf den Charakter der Gewinnabschöpfungsmaßnahme. Die Abschöpfung des Vorteils muss dazu führen, dass der Beteiligte so viel wie möglich in die Situation gebracht wird wie sie bestanden hätte, falls die Straftat nicht begangen worden wäre. Um zu verhindern, dass der Ausgleich abläuft und sich in eine Zahlungsverpflichtung ändert, die den Beteiligten in eine schlechtere Position versetzt, muss der Ausgleich stattfinden, indem man dem Beteiligten das wegnimmt, was er tatsächlich erlangt hat. Dieses Prinzip ist vor allem wichtig für die Weise, in der der Wert von erlangten Gegenständen festgestellt wird. Die Methode der Wertschätzung muss, mit Ausnahme von eventuell zu hantierenden Beweisvermutungen, frei von aller Objektivierung sein.

Mit dem Vergleichselement ist auch das hypothetische Element zum Teil erklärt: die rechtmäßige Alternative ist ja im Grunde genommen eine Fiktion, das unrechtmäßige Verhalten ist die Wirklichkeit. Man entkommt jedoch nicht der Feststellung dieser fiktiven Situation. In vielen Fällen bedeutet dies einfach das Wegdenken der Straftat, aber manchmal muss (daneben) eine andere Handlung dazu gedacht werden. So ist für das Feststellen einer Kosteneinsparung erforderlich, dass untersucht wird, welche Kosten bei einem normalen, legalen Lauf der Dinge entstehen würden.

7. Die Beweisordnung von Art. 338-344a Sv ist im Abschöpfungsverfahren nicht zutreffend. In Art. 36e Absatz 2 Sr wird, was die Beweisabschätzung betrifft, von 'ausreichenden Hinweisen' gesprochen, während Art. 36e Absatz 3 Sr das Kriterium 'glaubhaft' nennt. Weiter schreibt Art. 511f Sv vor, dass der Richter die Schätzung des Vorteils nur dem Inhalt von gesetzlichen Beweismitteln entnehmen kann. Der genaue Inhalt dieser Vorschriften wird aus der Gesetzesgeschichte nicht deutlich. In Bezug auf Art. 36e Absatz 3 Sr bringt der Minister vor, dass diese Bestimmung eine Verteilung der Beweislast beinhaltet, die jedoch keine Umkehrung der Beweislast enthält. Teil hiervon macht aus, dass der Richter auf der Basis einer Untersuchung nach dem Verhältnis des totalen Vermögens und der (nachweisbaren) legalen Aktivitäten des Beteiligten ein Urteil über seine Beteiligung bei illegalen Aktivitäten und dem daran relativierten Vermögen fällt. Hierbei besteht hinsichtlich des Beteiligten die Erwartung, dass er entlastendes Material heranträgt.

In Kapitel 7 wird das im Abschöpfungsverfahren geltende Beweisrecht näher analysiert. Bezüglich Art. 36e Absatz 2 Sr konstatiere ich, dass der Unterschied

zu der Beweisordnung von Art. 338-344a Sv relativ gering ist, zumindest gering zu sein gehört. Es muss für die Feststellung der Tatsachen, die wichtig sind für das Konstatieren, dass Straftaten begangen wurden und daraus Vorteil erlangt wurde, ein Maß an Sicherheit verlangt werden, das sich nicht (wesentlich) von dem Überzeugungskriterium von Art. 338 Sv unterscheidet. Der wichtigste Unterschied zur Hauptsache ist, dass die Vorschriften bezüglich der Beweisminima nicht zutreffend sind. Dies hat allerdings kaum Konsequenzen.

Aus dieser Rechtsprechung wird weiter ersichtlich, dass die raschere Beweisannahme bezüglich der Erlangung und des Umfangs des widerrechtlich erlangten Vorteils in der Praxis hauptsächlich gesucht wird in der Verwendung von (richterlichen) Beweisvermutungen. Es handelt sich hier um eine allgemeine Art von Darlegung durch einen Richter, die auch in einer gewöhnlichen Strafsache denkbar ist. Dies führt zu der bemerkenswerten Konstatierung, dass diese raschere Beweisannahme auch zu Stande gebracht hätte werden können, falls der Gesetzgeber keine abweichende Beweisordnung beabsichtigt hätte. Im Licht der Möglichkeit einer effektiven Verteidigung ist übrigens doch ein Engpass, dass der Richter nicht befugt ist, ein Zwischenurteil zu fällen.

In Bezug auf das Beweisrecht bei der Anwendbarkeit von Art. 36e Absatz 3 Sr sorgt die vom Minister beabsichtigte angemessene Verteilung der Beweislast für Komplikationen. Anhand der Bedeutung des Begriffs 'Beweislastverteilung' beim Zivilrecht und beim Strafverfahrensrecht, der Normen die sich aus Art. 6 Absatz 2 EMRK ergeben und der Rechtsprechung des BGH bezüglich des erweiterten Verfalls, komme ich zur näheren Auslegung dieser angemessenen Verteilung der Beweislast. Diese Auslegung beinhaltet, dass die Beweislast und das Beweisrisiko bei der Staatsanwaltschaft liegen und dass für die Beweisabschätzung das Erforderte der richterlichen Überzeugung gilt. Der Gebrauch von Vermutungen ist innerhalb dieses Rahmens doch zu einem bestimmten Maß erlaubt. Die Konsequenz von all diesem ist, dass die Möglichkeiten, die Art. 36e Absatz 3 Sr bietet, ansehnlich weniger spektakulär sind als man beim ersten Lesen der parlamentarischen Unterlagen erwarten würde.

8. Der Richter besitzt die Befugtheit, den Betrag der Zahlungsverpflichtung niedriger festzustellen als den Betrag des widerrechtlich erlangten Vorteils (Art. 36e Absatz 4 Sr). In *Kapitel 8* wird untersucht, in welchen Fällen der Richter von dieser Befugtheit Gebrauch machen muss oder darf.

Art. 36e Absatz 6 Sr schreibt vor, dass der Richter den Betrag der rechtlich zuerkannten Forderung von benachteiligten Drittpersonen berücksichtigen muss. Der Oberste Gerichtshof der Niederlande bezieht diese Vorschrift auf die Vorteilberechnung. Meines Erachtens jedoch gibt es Anlass, diese Bestimmung als eine Mäßigungspflicht aufzufassen, die auf allen Schaden achtet, der entstanden

ist in Folge der Tat, aus der der Vorteil erlangt wurde. Die Ratio dieser Vorschrift ist, dass die Gewinnabschöpfungsmaßnahme zurücktritt, falls und insofern der beabsichtigte Ausgleich durch das Begleichen des Schadens geschieht. In der Jurisprudenz wird weiter akzeptiert, dass der Richter auch die Forderungen berücksichtigen kann, die (noch) nicht rechtlich zuerkannt wurden, aber wovon der Umfang und die Legitimität ausreichend feststehen, und mit Rückerstattungen. Weiter bietet Art. 577b Absatz 2 Sv die Möglichkeit, eine bereits auferlegte Gewinnabschöpfungsmaßnahme in Zusammenhang mit Forderungen von benachteiligten Drittpersonen zu revidieren.

Der siebte Absatz von Art. 36e Sr verpflichtet den Richter, früher auferlegte Gewinnabschöpfungsmaßnahmen zu berücksichtigen. Der Minister sieht diese Vorschrift als ein Schutzinstrument gegen eine doppelte Abschöpfung hinsichtlich ein und derselben Tat. Meiner Meinung nach ergibt sich der Schutz bereits aus Art. 68 Absatz 1 Sr. Die Instruktion von Art. 36e Absatz 7 Sr hat dahingegen wohl selbstständige Bedeutung in Relation mit der Absahnungsstrafe. Falls eine Geldstrafe auch dazu dient, Vorteil zu entziehen, muss der Richter bei der Auferlegung einer Gewinnabschöpfungsmaßnahme die Vorteilskomponente dieser Geldstrafe diskontfähig machen.

Ein oft vorkommender Mäßigungsgrund in der Praxis bildet (das Fehlen der) die finanzielle Belastbarkeit des Beteiligten. Auf Grund der Jurisprudenz des Obersten Gerichtshofes der Niederlande ist der Richter verpflichtet, die Zahlungsverpflichtung zu mäßigen, falls der Beteiligte jetzt und in der Zukunft nicht im Stande ist, die Zahlungsverpflichtung zu erfüllen. Ich konstatiere, dass diese Regel keine adäquate Reaktion ist auf die Ursachen der Belastbarkeitsjurisprudenz: das Verhindern der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe und der Wunsch, erbärmlichen Fällen entgegenzukommen. Eine der wichtigsten Beschwerden ist, dass der Oberste Gerichtshof der Niederlande das Auferlegen einer Gewinnabschöpfungsmaßnahme als Ausgangspunkt anzunehmen scheint und das Mäßigen als Ausnahme. Gegenüber der Belastbarkeitsjurisprudenz entscheide ich mich für eine alternative Annäherung, die für das Auferlegen einer Gewinnabschöpfungsmaßnahme eine angemessene Erwartung erfordert, dass der Beteiligte diese Maßnahme erfüllen kann. Zugleich muss der Beschluss zur Auferlegung im Licht der übrigen, aufzuerlegenden Sanktionen geschehen. In der Praxis kann diese Abstimmung behindert werden, dadurch dass das Abschöpfungsverfahren nicht gleichzeitig mit dem Hauptverfahren behandelt wird. Ermäßigung kommt meines Erachtens erst dann zur Tagesordnung, wenn die (heutige und zukünftige) Belastbarkeit nicht völlig fehlt, aber im Vergleich mit der Höhe des erlangten Vorteils und unter Berücksichtigung eventuell anderer Schulden, relativ gering ist.

In Kapitel 8 werden noch einige andere Ermäßigungsgründe genannt, die in der Jurisprudenz zutage treten: das Übertreten der angemessenen Frist, das Übertreten des Betrages der Forderung der Staatsanwaltschaft und das Fehlen eines organisierten Zusammenhangs. Die letzten beiden Ermäßigungsgründe finden meiner Meinung nach keine Unterstützung im Recht.

Am Schluss dieses Kapitels stelle ich mehr im Allgemeinen fest, dass die Befugtheit zur Mäßigung der Zahlungsverpflichtung keine eindeutige Grundlage kennt. In manchen Fällen ist die Mäßigung darauf gerichtet zu verhindern, dass mehr abgeschöpft wird als auf Grund des beabsichtigten Ausgleichs erforderlich ist, in anderen Fällen findet eine Mäßigung statt, um andere Interessen über den Ausgleich prävalieren zu lassen.

9. Im Falle, dass die Gewinnabschöpfungsmaßnahme einer natürlichen Person auferlegt wird, befiehlt der Richter, falls weder die völlige Bezahlung noch der völlige Rückanspruch des Betrages von der Zahlungsverpflichtung stattfinden, dass die Ersatzfreiheitsstrafe mit einer maximalen Dauer von sechs Jahren angewandt werden wird (Art. 24d Absatz 1 Sr). Nach der völligen Unterziehung der Ersatzfreiheitsstrafe verfällt die Zahlungsverpflichtung. Zahlungen während der Ersatzfreiheitsstrafe führen nur zur Beendung der Freiheitsentnahme, wenn die Zahlungsverpflichtung hierdurch völlig erfüllt wird (Art. 24d Absatz 2 Sr).

Kapitel 9 handelt von der Ersatzfreiheitsstrafe von Art. 24d Sr und besonders von der Absicht davon. Dieses Instrument kann auf drei Arten beschrieben werden: als *Ersatz* der Zahlungsverpflichtung durch Haft, als *Leid zufügende Reaktion* wegen offensichtlichem Zahlungsunwille und als *Druckmittel*. Ich setze auseinander, dass, den Ausgleich, der mit der Gewinnabschöpfungsmaßnahme beabsichtigt wird, berücksichtigend, der Charakter des Druckmittels am meisten passend ist. Das Druckelement müsste auch als das normative Element der Ersatzfreiheitsstrafe gelten. Dies kommt allerdings ungenügend zum Ausdruck in der gesetzlichen Regelung. So klemmt es, dass sich die Anwendung der Ersatzfreiheitsstrafe nicht auf Fälle von Zahlungsunwille beschränkt – und darum zugleich Zahlungsohnmacht umfasst – wie auch, dass eine separate richterliche Überprüfung der Vollstreckung davon fehlt. Im Konzept-Gesetzesvorschlag zur Anpassung der Abschöpfungsgesetzgebung, worin Art. 24d Sr gestrichen und ersetzt wird durch eine Möglichkeit von Geislung, werden diese Beschwerden doch (größtenteils) ausgeräumt.

10. Das Buch wird mit einer Schlussbetrachtung in Kapitel 10 abgeschlossen. Hierin kommen noch zwei Themen an die Tagesordnung: das Verhältnis zwischen dem Charakter und den Voraussetzungen zur Auferlegung der Gewinnabschöpfungsmaßnahme, wie auch die Engpässe, die die heutige Regelung befasst und die Möglichkeit zur Anpassung davon.

Es wird konkludiert, dass der Ausgleich bei der Auslegung der verschiedenen Bedingungen eine wichtige interpretative Rolle spielen kann und meines Erachtens spielen muss. Umgekehrt gilt nicht, dass die Anwendung der gesetzlichen Regelung auch immer zum Ausgleich führt. Dagegen besteht kein Einspruch, sofern dies geschieht, um andere Interessen prävalieren zu lassen. Das heutige Recht kann in zwei Teilen nicht gut vereinigt werden mit dem beabsichtigten Ausgleich: die Trennung des Hauptverfahrens und des Abschöpfungsverfahrens und die Regelung der Ersatzfreiheitsstrafe. Diese Engpässe geben keinen Anlass zur Umformulierung des Charakters der Gewinnabschöpfungsmaßnahme, aber sehr wohl zur Gesetzesänderung.

Danach werden vier Änderungen des Gesetzes dargestellt. Es geht um *a.* das Fallenlassen der Trennung zwischen Hauptverfahren und Abschöpfungsverfahren, wobei doch eine fakultative, spätere Behandlung des Abschöpfungsteils vorgesehen wird, *b.* das Ersetzen der Ersatzfreiheitsstrafe durch eine Möglichkeit des Personalarrestes, *c.* das Aufnehmen einer Möglichkeit zur Fällung eines Zwischenurteils und *d.* das Streichen der dritten und vierten Variante von Art. 36e Sr.

Dieses Buch schließt mit zwei Bemerkungen ab. Zum Ersten, das Bild der heutigen Abschöpfungspraxis stimmt nicht überein mit dem Bild, das beim Zustandekommen der Abschöpfungsgesetzgebung umrissen ist. Die Gewinnabschöpfungsmaßnahme wird nicht so sehr zur Bekämpfung von ernsthaften und organisierten Formen von Kriminalität eingesetzt, sondern vielmehr gegen durchschnittliche Straftaten. Dies beeinträchtigt nicht das Bestehensrecht der Gewinnabschöpfungsmaßnahme. Es gibt aber Anlass zu erneutem Erwägen einer Anzahl von Teilen der gesetzlichen Regelung und es unterstreicht die Notwendigkeit der Integration mit dem 'gewöhnlichen' strafrechtlichen Sanktionspaket. Zum Zweiten, im Rahmen der Abschöpfungsgesetzgebung ist nicht so sehr die Frage wichtig, ob die Gewinnabschöpfungsmaßnahme – und in weiterem Sinn die Abschöpfungsgesetzgebung – im Licht der fundamentalen Rechtsprinzipien akzeptierbar ist. Es geht vielmehr darum, ob die Gewinnabschöpfungsmaßnahme in Übereinstimmung mit diesen Prinzipien ausgelegt werden kann. Eine solche Auslegung scheint oft möglich zu sein.

Übersetzt von: Christine Ruygvoorn-Hauser

Aangehaalde literatuur

- Abas 1992 P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden*, Monografieën Nieuw BW A16, Deventer: Kluwer 1992
- Ackermann 1992 J.-B. Ackermann, *Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, Zürich: Schulthess 1992
- Ahsmann 1995 M.J.A.M. Ashmann, Van 'delictum' tot 'delict'. De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht, in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 11-21
- Aristoteles (vertaling) 1997 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, vertaald en toegelicht door C. Hupperts en B. Poortman, Amsterdam: Kallias 1997
- Arnold 1980 Ch. Arnold, *Corrective Justice, Ethics* (90) 1980, p. 180-190
- Asser 1992 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Monografieën Nieuw BW A24, Deventer: Kluwer 1992
- Asser-Hartkamp II 1997 Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten*, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Tjeenk Willink 1997
- Asser-Hartkamp III 1998 Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Tjeenk Willink 1998
- Asser-Hartkamp I 2000 Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Tjeenk Willink 2000
- Asser-Scholten 1934 Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, *Algemeen deel*, door P. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink 1934
- Asser-Vranken 1995 Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, *Algemeen deel*, door J.B.M. Vranken, Zwolle: Tjeenk Willink 1995
- Bakker, Faure, Van der Landen, Niessen & De Roos 1998 S. Bakker, M. Faure, D. van der Landen, R. Niessen en Th. de Roos, *Algemene conclusies en vuistregels*, in: M. Faure en Th. de Roos (red.), *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Den Haag: Sdu 1998, p. 251-275
- Van Ballegooijen 1997 C.W.M. van Ballegooijen, *Fiscale aanpak van criminaliteit en plukken*, in: C.W.M. van Ballegooijen e.a. (red.), *Over de grens van de fiscaliteit*, Amsterdam: Prinsengrachtreeks 1997/3, p. 5-17
- Barels 1999 M. Barels, *Hoofddijnen van de wet Mulder*, Deventer: Tjeenk Willink 1999
- Barendrecht 1985 J.M. Barendrecht, *Schadeberekening en herstel van de schade*, WPNR 5764 (1985), p. 789-796
- Barendrecht & Storm 1995 J.M. Barendrecht en H.M. Storm, met medewerking van D.D. Breukers e.a., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995
- Bassiouni & Vetere 1998 M.C. Bassiouni en E. Vetere (red.), *Organized Crime. A Compilation of U.N. Documents 1975-1998*, Ardsley: Transnational Publishers 1998

- Baumgärtel 1996 G. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht. Die Schwierigkeiten der Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung, Köln: Carl Heymans Verlag 1996
- Baumann 1997 F. Baumann, Deliktisches Vermögen. Dargestellt anhand der Ausgleichs-einziehung (Art. 59 Ziff. 1, 2 und 4 StGB), Zürich: Schulthess 1997
- Van Bavel & Doorenbos 1996 C.J. van Bavel en D.R. Doorenbos, Het conservatoir voordeelsbeslag aan banden gelegd. De 'pluk ze'-wetgeving pootje gelicht?, NJB 1996, p. 1206-1210
- Becker 1974 G.S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, in: G.S. Becker en W.M. Landes (red.), Essays in the Economics of Crime and Punishment, New York: National Bureau of Economic Research 1974 (eerder verschenen in The Journal of Political Economy 76 (1968), p. 169 e.v.)
- Beckers 1999 O.J. Beckers, Voordeelsontneming: een aantal bevindingen uit de praktijk, in: P. Everaars e.a. (red.), Ontnemingswetgeving in perspectief, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 151-164
- Van Bemmelen 1934 J.M. van Bemmelen, Nemo debet bis vexari I, W. 1934, aflevering 12736 (deel II en III van dit artikel zijn verschenen in W. 12737 en 12738)
- Van Bemmelen-Balkema-Van Veen 1990 J.M. van Bemmelen, Ons strafrecht 2. Sanctierecht, bewerkt door J.P. Balkema en Th.W. van Veen, Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990
- Benseler 1998 J. Benseler, Die Gewinnabschöpfung und deren Beweislast in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika. Ein Rechtsvergleich, Bayreuth: Verlag P.C.O. 1998
- Van den Berg & Rozemond 1992 H.A. van den Berg en K. Rozemond, Civilisering van het strafrecht: schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen, RM Themis 1992, p. 51-63
- Van den Berg & Rozemond 1993 H.A. van den Berg en K. Rozemond, Dwangmiddelen en schadevergoeding: de rol van de onschuldpresumptie en van het civiele recht, NJCM 1993, p. 25-31
- Bernasconi 1988 P. Bernasconi, Geldwäscherei und organisierte Kriminalität, in: P. Bernasconi, Finanzunterwelt. Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen, Zürich: Orell Füssli 1988, p. 25-54
- Beije 1994 M.M. Beije, Onttrekking aan het verkeer, Groningen: Wolters-Noordhoff 1994
- Bleichrodt & Balkema 1995 F.W. Bleichrodt en J.P. Balkema, Het strafrechtelijke sanctiestelsel in het afgelopen decennium, in: J.P. Balkema e.a. (red.), Dynamisch strafrecht (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 25-47
- Bleichrodt 1996 F.W. Bleichrodt, Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten, Deventer: Gouda Quint 1996
- Bleichrodt 2000 F.W. Bleichrodt, Gevangen tussen twee sporen, Sancties 2000, p. 143-145
- De Blicke e.a. 1999 L.A. de Blicke e.a., Algemene wet inzake rijksbelastingen, Deventer: Fed 1999
- Bloembergen 1965 A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 1965
- Bloembergen 1992a A.R. Bloembergen, Interne rechtsvergelijking, een comparatieve kijk op het privaatrecht, administratief recht en bouwrecht, in: Bloembergens werk, Deventer: Kluwer 1992, p. 353-385 (eerder gepubliceerd in Bouwrecht 1977, p. 125-141)

- Bloembergen 1992b A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, in: Bloembergens werk, Deventer: Kluwer 1992, p. 305-351 (eerder gepubliceerd in WPNR 5372-5375 (1977))
- Bloembergen 1996 A.R. Bloembergen, Boekbespreking van J.M. Barendrecht en H.M. Storm, Berekening van schadevergoeding, RM Themis 1996, p. 302-305
- Bloembergen e.a. (losbl.) A.R. Bloembergen (red.), Titel 6.3. Onrechtmatige daad (losbladig), Deventer z.j.
- Blom 1998 T. Blom, Drugs in het recht, recht onder druk. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtelijke handhaving van de Opiumwet, de daarbij gehanteerde opsporingsmethoden en het recht op privacy van burgers. Deel 2. Opsporingsmethoden en -technieken, Deventer: Gouda Quint 1998
- Blumenson & Nilsen 1998 E. Blumenson en E. Nilsen, Policing for Profit: The Drug War's Hidden Economic Agenda, The University of Chicago Law Review (65) 1998, p. 35-114
- Boek & Nijboer 1994 J.L.M. Boek en J.F. Nijboer, De bekentenis als koningin van het bewijs, DD 1994, p. 41-58.
- De Boer 1992 Th.M. de Boer, Vergelijkenderwijs: de inspiratie van buitenlands recht, WPNR 6033 (1992), p. 39-48
- De Boer 1994 Th.M. de Boer, Uitgangspunten van een rechtsvergelijkende theorie: een paradigma voor de lage landen, AA 1994, p. 303-310
- Boersma 1996 J.P.A. Boersma, De juiste veren van Pluk-ze. De omvang van het voordeel in 36e Sr, Trema 1996, p. 142-145
- Boone 1999 M. Boone, De rol van de rechter bij de omzetting van vrijheidsbeperkende sancties getoetst aan artikel 5 en 6 EVRM, NJB 1999, p. 903-907
- Boone 2000 M.M. Boone, Recht voor gemeen gestraften. Dogmatisch-juridische aspecten van taakstraffen en penitentiaire programma's, Deventer: Gouda Quint 2000
- Borgers 1995 M.J. Borgers, (On)rechtmatigheid en (on)betrouwbaarheid van daderidentificaties door ooggetuigen, AA 1995, p. 177-183
- Borgers 1997 M.J. Borgers, Facetten van het Bucro-probleem, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 55-69
- Borgers & Van der Landen 1997 M.J. Borgers en D. van der Landen, Criminele insolventie: ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en faillissement, TvI 1997, p. 110-118
- Borgers 1998a M.J. Borgers, Van voordeeltberekening naar voordeeltorekening?, NJB 1998, p. 861-864
- Borgers 1998b M.J. Borgers, Culpa pecuniae. De verhouding tussen het schuldconcept en het wederrechtelijk verkregen voordeel, in: M.J. Borgers e.a. (red.), Verwijtbare uitholling van schuld?, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 93-109
- Borgers 1999 M.J. Borgers, De ontnemingswetgeving in civielrechtelijk perspectief. De positie van de benadeelde, het conservatoir beslag en de verhaalsbevoegdheden van het openbaar ministerie ex art. 94d Sv, in: P. Everaars e.a. (red.), Ontnemingswetgeving in perspectief, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 23-68
- Borgers & Kristen 1999 M.J. Borgers en F.G.H. Kristen, Bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast in het strafproces, AA 1999, p. 866-877
- Borgers 2000 M.J. Borgers, De (schijn)oplossingen van het concept-wetsvoorstel 'Aanpassing ontnemingswetgeving', NJB 2000, p. 1432-1438

- Bosch-Boesjes 1991 J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in het geding*, Deventer: Kluwer 1991
- Ter Brake 1986 H.K. ter Brake, *Het strafrecht van de gemeente*, Arnhem: Gouda Quint 1986
- Brenner 1977 K. Brenner, *Gewinnverfall, eine vernachlässigte Strafvorschrift*, DRiZ 1977, p. 203-206
- Brenner 1998 K. Brenner, *Gewinnabschöpfung, das unbekannte Wesen im Ordnungswidrigkeitenrecht*, NStZ 1998, p. 557-560
- Broekhuizen & Schmohl 1995 J. Broekhuizen en I. Schmohl, *Een nieuwe 'in rem' procedure? Balanceren op de grens van straf- en privaatrecht*, AA 1995, p. 484-490
- Bronkhorst 1970 C. Bronkhorst, *Iets over bewijs en rechtsvinding in de strafrechtspraak*, in: *Rechtsvinding (Pieters-bundel)*, Deventer: Kluwer 1970
- Brouwer 1999 D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in bijzondere wetten*, Deventer: Gouda Quint 1999
- Brown 1996 A.N. Brown, *Proceeds of Crime. Money Laundering, Confiscation & Forfeiture*, Edinburgh: W. Green/Sweet & Maxwell 1996
- Brunner 1973 C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht*, Deventer: Kluwer 1973
- Brunner 1997 C.J.H. Brunner, *Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht*, in: P. Abas e.a., J.L.P. Cahen-bundel, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 63-70
- Bucknell & Ghodse 1996 P. Bucknell & H. Ghodse, *Misuse of drugs*, London: Sweet & Maxwell 1996
- Van de Bunt & Nelen 1995 H. van de Bunt en H. Nelen, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland: fraude en witwassen*, TK 1995-1996, 24072, nr. 19 (Enquête Opsporingsmethoden)
- De Camps 2000 N. De Camps, *De interferentie van het fiscaal controleonderzoek met het strafonderzoek in het licht van de raming van het wederrechtelijk verkregen vermogensvoordeel*, RW 2000-2001, p. 289-302
- Cane 1996 P. Cane, *Corrective Justice and Correlativity in Private Law*, Oxford Journal of Legal Studies (16) 1996, p. 471-488
- Cleiren 1989 C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, Arnhem: Gouda Quint 1989
- Cooter & Ulen 1997 R. Cooter en Th. Ulen, *Law and Economics*, Reading: Addison-Wesley 1997
- Corstens 1974 G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, IJmuiden: Vermande 1974
- Corstens, Doorenbos & Roording 1992 G.J.M. Corstens, D.R. Doorenbos en J.F.L. Roording, *Samenloop van sancties op strafrechtelijk terrein*, NJB 1992, p. 1335-1344
- Corstens 1999 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1999
- Cramer 1996 S. Cramer, *Bemessung von Geldbuße und Verfall gemäß §§ 17, 29a OWiG unter Berücksichtigung der steuerlichen Belastung sowie der Einnahmen aus rechtmäßigem Alternativverhalten*, wistra 1996, p. 248-252
- Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1994 H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken. De psychologie van het strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam/Antwerpen: Contact 1994
- Dannert 1998 M.A.M. Dannert, *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eigentumsentziehungen zur Verfolgung und Verhinderung von Straftaten*, Berlin: Duncker & Humblot 1998

- Delmas-Marty 1998 Corpus Juris houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie, onder leiding van M. Delmas-Marty, vertaald door B. de Smet en G. Stessens, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998
- Delmas-Marty 2000 M. Delmas-Marty, Necessity, legitimacy and feasibility of the Corpus Juris, in: M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele (red.), The implementation of the Corpus Juris in the Member States. Penal provisions for the protection of European Finances, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 3-104
- Delmas-Marty & Vervaele 2000 M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele (red.), The implementation of the Corpus Juris in the Member States. Penal provisions for the protection of European Finances, Antwerpen: Intersentia 2000
- Demeersseman 1985 H.A. Demeersseman, De autonomie van het materiële strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1985
- Dessecker 1992 A. Dessecker, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1992
- Deurvorst 1994 T.E. Deurvorst, Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, Deventer: Kluwer 1994
- Van Dijk & Van Hoof 1998 P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Den Haag: Kluwer Law International 1998
- Dijksterhuis-Wieten 1998 H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, Bewijsrecht in civiele procedures, Deventer: Kluwer 1998
- De Doelder 1981 H. de Doelder, Terrein en beginselen van tuchtrecht, Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1981
- De Doelder 1989 H. de Doelder, Wederrechtelijk staatsvoordeel?, DD 1989, p. 633-643
- De Doelder & Mul 1997 H. de Doelder en V. Mul, Tenuitvoerlegging beslissing tot voordeelsontneming, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 241-252
- Doorenbos 1993 D.R. Doorenbos, De 'pluk ze'-wetgeving. Voor welke categorieën strafbare feiten is zij bedoeld?, NJB 1993, p. 934-935
- Doorenbos 1997 D.R. Doorenbos, Witwassen en voordeelsontneming, Deventer: Tjeenk Willink 1997 (eerder verschenen als preadvies voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1996)
- Doorenbos 1998 D.R. Doorenbos, Voorkenniszaken en 'circumstantial evidence', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en effecten, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 131-145
- Doorenbos 2000a D.R. Doorenbos, Kroniek van het straf(proces)recht, NJB 2000, p. 505-511
- Doorenbos 2000b D.R. Doorenbos, Kroniek van het straf(proces)recht, NJB 2000, p. 1534-1541
- Drathjer 1997 J. Drathjer, Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile im Ordnungswidrigkeitengesetz, Köln: Carl Heymanns 1997
- Van Duyne 1993 P.C. van Duyne, Geld witwassen: omvangschatting in nevelslierten, in: P.C. van Duyne e.a. (red.), Misdaadgeld, Arnhem: Gouda Quint 1993
- Van Duyne 1995 P.C. van Duyne, Het spook en de dreiging van de georganiseerde misdaad, Den Haag: Sdu 1995

- Eberbach 1987 W.H. Eberbach, Zwischen Sanktion und Prävention. Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB, NSiZ 1987, p. 486-492
- Eindrapport-Schutte 1988 Eindrapport van de Werkgroep legislatieve projecten vermogenssancties, Den Haag 1988
- Eindrapport Vermogensstraffen 1972 Eindrapport van de Commissie Vermogensstraffen, Den Haag 1972
- Eisenberg 1993 U. Eisenberg, Straf(verfahrens)rechtliche Maßnahmen gegenüber 'Organisiertem Verbrechen', NJW 1993, p. 1033-1039
- Engberts 1999 B.J. Engberts, Matiging bij profijtontneming, Trema 1999, p. 273-276
- Enschedé 1966 Ch.J. Enschedé, Bewijzen in het strafrecht, RM Themis 1966, p. 488-518
- Eser 1969 A. Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum. Dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu Einziehung, Unbrauchbarmachung und Gewinnverfall, Tübingen: J.C.B. Mohr 1969
- Eser 1993 A. Eser, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? Kritische Bemerkungen zu aktuellen Reformbemühungen, in: W. Küper en J. Welp (red.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C.F. Müller 1993
- Everaars e.a. 1999 P. Everaars e.a. (red.), Ontnemingswetgeving in perspectief, Deventer: Gouda Quint 1999
- Explanatory Report 1991 Explanatory report on the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime, Straatsburg: Council of Europe 1991
- FATF-rapport 1997 Financial Action Task Force, Evaluation of Laws and Systems in FATF Members Dealing with Asset Confiscation and Provisional Measures, juni 1997 (gepubliceerd op het internet: www.oecd.org/fatf)
- Faure 1998b M. Faure, Voordeelsontneming in het Strafgesetzbuch, in: M. Faure en Th. de Roos (red.), De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten, Den Haag: Sdu 1998, p. 107-137
- Faure 1998a M. Faure, Rechtseconomische analyse, in: M. Faure en Th. de Roos (red.), De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten, Den Haag: Sdu 1998, p. 221-234
- Faure & De Roos 1998 M. Faure en Th. de Roos (red.), De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten, Den Haag: Sdu 1998
- Feigen 1998 P. Feigen, Die Beweislastumkehr im Strafrecht. Geldwäsche, Vermögens-einziehung, Hehlerei; de lege lata et ferenda, Herdecke: GCA-Verlag 1998
- Feldman 1988 D. Feldman, Criminal confiscation orders. The new law, London: Butterworths 1988
- Feteris 1993 M.W.C. Feteris, Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces, Deventer: Kluwer 1993
- Feteris 1999 M.W.C. Feteris, Formeel belastingrecht, Deventer: Kluwer 1999
- Fijnaut e.a. 1995 C.J.C.F. Fijnaut, F. Bovenkerk, G.J.N. Bruinsma en H.G. van de Bunt, Eindrapport. Georganiseerde criminaliteit in Nederland, TK 1995-1996, 24072, nr. 16 (Enquête Opsporingsmethoden)
- Fletcher 1996 G.P. Fletcher, Basic Concepts of Legal Thought, New York/Oxford: Oxford University Press 1996
- Fokkens 1984 J.W. Fokkens, Bewijzen in het strafprocesrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1984

- Fokkens 1999 J.W. Fokkens, Ontnemingswetgeving geplaatst in het licht van de rechtsbeginselen, in: P. Everaars e.a. (red.), Ontnemingswetgeving in perspectief, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 9-22
- Fortson 1996 R. Fortson, The law on the misuse of drugs and drug trafficking offences, London: Sweet & Maxwell 1996
- H. Franken 1983 H. Franken, Economische analyse van het strafrecht, in: E. André de la Porte e.a. (red.), Bij deze stand van zaken (Melai-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 117-131
- A.A. Franken 1993 A.A. Franken, Voeging ad informandum in strafzaken, Arnhem: Gouda Quint 1993
- A.A. Franken 1995 A.A. Franken, 'Hetzelfde feit'. Over samenloop van strafbare feiten en het non bis in idem-beginsel, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995
- A.A. Franken & Van der Landen 1996 A.A. Franken en D. van der Landen, Het financiële offensief tegen de criminaliteit: voordeelsontneming in de praktijk, NJB 1996, p. 676-680
- A.A. Franken & Jurgens 1999 A.A. Franken en M. Jurgens, Geen bewijs, toch betalen of zitten, Adv.bl. 1999, p. 922-924
- Franzheim 1986 H. Franzheim, Gewinnabschöpfung im Umweltstrafrecht, wistra 1986, p. 253-255
- Franzheim 1989 H. Franzheim, Der Verfall des Vermögensvorteils in Umweltstrafsachen – sein Umfang und seine Berechnung, wistra 1989, p. 87-90
- Franzheim 1990 H. Franzheim, Umweltstrafrecht. Eine Darstellung für die betriebliche und die forensische Praxis, Köln: Carl Heymanns 1991
- Franzheim 1992 H. Franzheim, Die Gewinnabschöpfung wegen Verstoßes gegen arbeitsrechtliche Vorschriften, in: D. Boewer e.a. (red.), Festschrift für Dieter Gaul, Berlin: Luchterhand 1992, p. 135-149
- Fried 1988 D.J. Fried, Rationalizing Criminal Forfeiture, The Journal of Criminal Law & Criminology 79 (1988), p. 328-436
- Frowein & Peukert 1996 J.A. Frowein en W. Peukert, Europäische MenschenrechtsKonvention. EMRK-Kommentar, Kehl: N.P. Engel Verlag 1996
- Garé 1992 D. Garé, De enkele bekentenis van de verdachte als uitsluitend bewijs in strafzaken, NJB 1992, p. 631-633
- Garé 1996 D. Garé, Heeft ons negatief-wettelijke bewijsstelsel zijn langste tijd gehad?, DD 1996, p. 119-133
- Geerts, Ruis & Vos 1994 M.H. Geerts, J. Ruis en M. Vos, Seized Property Management, in: H. de Doelder e.a. (red.), Samenwerking baat. Amerikaans-Nederlandse strafrechtelijke samenwerking, Lelystad: Vermande 1994, p. 109-118
- Giesen 1997a I. Giesen, Res ipsa loquitur, een bijzonder vermoeden in het aansprakelijkheidsrecht, WPNR 6265 (1997), p. 241-246
- Giesen 1997b I. Giesen, Bewijsrisico, ongedeelde smart?!, in: W.H. van Boom e.a. (red.), Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel, Deventer: Tjeenk Willink, p. 117-134
- Giesen 1998 I. Giesen, Het kort geding en de regels van bewijslastverdeling, NJB 1998, p. 1629-1635
- Giesen 1999a I. Giesen, Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid, Deventer: Tjeenk Willink 1999
- Giesen 1999b I. Giesen, De bewijswaardering in civiele zaken: vage noties of scherpe normen?, AA 1999, p. 623-633

- Giesen 2001 I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001
- Gilmore 1992 W.C. Gilmore (red.), International efforts to combat money laundering, Cambridge: Grotius Publications Limited 1992
- Gilmore 1999 W.C. Gilmore, Dirty money. The evolution of money laundering counter-measures, Straatsburg: Council of Europe Publishing 1999
- De Goeje 1882 M.J. de Goeje, Iets over verbeurdverklaring van bepaalde voorwerpen, Leiden: P. Somerwil 1882
- Göhler 1992 E. Göhler, Die neue Regelung zum Verfall im StGB und OWiG, wistra 1992, p. 133-136
- Göhler 1998 E. Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, met medewerking van H. Buddendiek, München: C.H. Beck 1998
- Gordley 1995 J. Gordley, Tort Law in the Aristotelian Tradition, in: D.G. Owen (red.), Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 131-158
- Graber 1990 Ch.K. Graber, Geldwäscherei. Ein Kommentar zu Art. 350bis und 350ter StGB, Bern: Stämpfli 1990
- F.H.M. Grapperhaus 1987 F.H.M. Grapperhaus, Nemesis bestoekt Mercurius met steun van de fiscus, in: L.W. Sillevius e.a. (red.), Leids fiscaal jaarboek 1987. Fiscaal ondernemingsrecht, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 39-62
- M.J. Grapperhaus & De Rooij 1989 M.J. Grapperhaus en H.J.I.M. de Rooij, Bewijsverweren; een overzicht, in: G.A.M. Strijards e.a. (red.), De derde rechtsingang nader bekeken (Bronkhorst-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 115-135
- Gras 1992 E. Gras, De vraag naar het bewijsrisico, WPNR 6062 (1992), p. 653-662
- Gras 1997 E. Gras, Nieuwe ontwikkelingen aangaande stelplicht, adstructieplicht, bewijslast en bewijswaardering in het burgerlijk geding?, in: P. Abas e.a., J.L.P. Cahen bundel, Deventer: Gouda Quint 1997
- Groenhuijsen 1985 M.S. Groenhuijsen, Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985
- Groenhuijsen 1986 M.S. Groenhuijsen, Het publiekrechtelijke karakter van het materiële strafrecht, in: J.P. Balkema e.a. (red.), Gedenkboek. Honderd jaar Wetboek van Strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 103-123
- Groenhuijsen 1989a M.S. Groenhuijsen, Schuld en boete. Een beschouwing over strafrechtelijke verantwoordelijkheid, in: M.A.P. Bovens e.a. (red.), Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit. Verantwoording in publiek recht, politiek en maatschappij, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 43-62
- Groenhuijsen 1989b M.S. Groenhuijsen, Rode draad: goed nieuws voor slachtoffers van delicten, AA 1989, p. 740-751
- Groenhuijsen & Van Kalmt-hout 1989 M.S. Groenhuijsen en A.M. van Kalmthout (red.), Voordeelsontneming in het strafrecht. Een commentaar op het rapport van de Werkgroep Legislatieve Projecten Vermogenssancities, Arnhem: Gouda Quint 1989
- Groenhuijsen & Van der Landen 1995 M.S. Groenhuijsen en D. van der Landen, Financiële instellingen en de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld, Amsterdam: NIBE 1995
- Groenhuijsen 1996a M.S. Groenhuijsen, Het juridisch tekort in het strafrecht, NJB 1996, p. 1527-1537

- Groenhuijsen 1996b M.S. Groenhuijsen, Straftoemeting en de consequenties van een delict voor het slachtoffer, *DD* 1996, p. 605-613
- Groenhuijsen 1996c M.S. Groenhuijsen, Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken in het strafprocesrecht, in: E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtewisseling over het nieuwe Algemeen Deel* van de Asser-serie (Asser-Vranken), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 9-20
- Groenhuijsen 1997 M.S. Groenhuijsen, Over strategie en tegen-strategie: voordeelsontneming, witwassen en financiële dienstverlening, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer 1997, p. 15-35
- Groenhuijsen e.a. 1997 M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer: Gouda Quint 1997
- Groenhuijsen, Van der Neut & Simmelink 1997 M.S. Groenhuijsen, J.L. van der Neut en J. Simmelink, Voordeelsontneming in het strafrecht: stand van zaken en vooruitzichten, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer 1997, p. 1-13
- Groenhuijsen & G. Knigge 1999 M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, Algemeen deel, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 1-55
- Groenhuijsen & Van der Landen 2000 M.S. Groenhuijsen en D. van der Landen, Strafbaarstelling van witwassen, meldingsplichten en underground banking, *DD* 2000, p. 989-1011
- Groos 1993 W.F. Groos, De Plukze-wetgeving: nieuwe dwangmiddelen in relatie tot de mensenrechten, *NJCM* 1993, p. 534-545.
- Groos 1998 W.F. Groos, Plukze en hoe redelijk is onredelijk (lang)?, in: G.P.M.F. Mols en M. Wladimiroff (red.), *Homo Advocatus* (Spong-bundel), Den Haag: Sdu 1998, p. 43-56
- De Groot & Simmelink 1997 F.C.V. de Groot en J. Simmelink, Strafrechtelijk financieel onderzoek, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer 1997, p. 69-112
- Groth 1996 R. Groth, Verdeckte Ermittlung im Strafverfahren und Gewinnabschöpfung. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zweier Maßnahmenkomplexe zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, Münster: Lit 1996
- Grünebaum 1904 A. Grünebaum, Het karakter van de bewijslast in het burgerlijk geding, Amsterdam: De Bussy 1904
- Güntert 1983 L. Güntert, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion. Eine Untersuchung zu den Verfallsbestimmungen der §§ 73 bis 73d des Strafgesetzbuches, Köln: Peter Deubner Verlag 1983
- Haak 1996 W.E. Haak, Welk type strafproces ligt ten grondslag aan het EVRM en aan de rechtspraak van het EHRM?, *DD* 1996, p. 978-990
- Hantke 1992 W. Hantke, Die Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts, *NJW* 1992, p. 2123-2125
- Harris, O'Boyle & Warbrick 1995 D.J. Harris, M. O'Boyle en C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London: Butterworths 1995
- Hartkamp 1992 A.S. Hartkamp, Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Kluwer: Deventer 1992
- Hartlief 2000 T. Hartlief, Schadevergoedingsrecht, in: J. Spier e.a., *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2000, p. 184-251

- Hartmann 1998 A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1998
- Den Hartog 1992 A. den Hartog, Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen, *Apeldoorn/Antwerpen: Maklu* 1992
- Den Hartog 1998 A. den Hartog, De nalatenschap van de verdachte. Enige opmerkingen naaraanleiding van EHRM 29 augustus 1997, E.L., R.L. en J.O.-L. tegen Zwitserland, DD 1998, p. 110-124
- Hassemer 1995 W. Hassemer, Vermögen im Strafrecht. Zu neuen Tendenzen der Kriminalpolitik, WM Sonderbeilage nr. 3, behorend bij WM 1995, nr. 14, p. 3-31
- Heckmann 1995 D. Heckmann, Die Einziehung verdächtigen Vermögens. Zur Regelung der 'Beweislastumkehr' im Entwurf eines Vermögenseinziehungsgesetzes, ZRP 1995, p. 1-4
- Heghmanns 1998 M. Heghmanns, Praktische Probleme der Zurückgewinnungshilfe im Strafverfahren – Ursachen und Auswege, ZRP 1998, p. 475-480
- Heimans 1987 D. Heimans, Financiële facetten van ernstige vormen van criminaliteit, AA 1987, p. 753-759
- Hellmann 1997 U. Hellmann, Richterliche Überzeugungsbildung und Schätzung bei der Bemessung strafrechtlicher Sanktionen, GA 1997, p. 503-524
- Hendriks 1993 L.E.M. Hendriks, De strafrechtelijke boete en de transactie in het milieurecht, in: M.V.C. Alders e.a., Financiële instrumenten in het milieurecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 129-144
- H.L.C. Hermans 1997 H.L.C. Hermans, Schuld of onschuld. Gedachten naar aanleiding van artikel 302 van het Wetboek van Strafvordering, Prinsengrachtreeks 1997/1, Amsterdam 1997
- R.M. Hermans 1995 R.M. Hermans, Het ontmantelen van verhaalsconstructies. Enkele civielrechtelijke problemen bij de toepassing van de 'plukze-wet', NJB 1995, p. 772-782
- R.M. Hermans 1997 R.M. Hermans, Civielrechtelijke problemen van strafvorderlijk verhaalsbeslag na de Bucro-beschikking: een aanzet voor een wettelijke regeling, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 39-53
- Hertoghs 1991 J.J.M. Hertoghs, Boeten niet langer aftrekbaar, WFR 5951 (1991), p. 287-292
- Herzog 1987 F. Herzog, Die 'dritte Dimension' der Verbrechenbekämpfung: Abschöpfen von Verbrechensgewinn, KJ 1987, p. 321-331
- Hessing & Van Koppen 1997 D.J. Hessing en P.J. van Koppen, Straffen, in: P.J. van Koppen e.a. (red.), Het hart van de zaak. Psychologie van het recht, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 639-653
- Hetzer 1999a W. Hetzer, Finanzbehörden im Kampf gegen Geldwäsche und organisierte Kriminalität, JR 1999, p. 141-148
- Hetzer 1999b W. Hetzer, Magna Charta der Mafia? Unschuldsumutung, Gewinnabschöpfung und Geldwäschebekämpfung, ZRP 1999, p. 471-480
- Hielkema 1996 J. Hielkema, Deskundigen in Nederlandse strafzaken, Den Haag: Sdu 1996
- Hildenstab 1990 B. Hildenstab, Die Gewinnabschöpfung im Umweltstrafverfahren, Köln 1990

- Hirsch 1979 W.Z. Hirsch, *Law and Economics. An Introductory Analysis*, New York/London: Academic Press 1979
- HK StPO-Julius 1999 M. Lemke e.a., *Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Heidelberg: C.F. Müller 1999 (aangehaald commentaar bewerkt door K.-P. Julius)
- Hol 1993 A.M. Hol, *Gewogen recht. Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1993
- Hollander 1952 F. Hollander, *Wet op de Economische Delicten. Commentaar op de wet van 22 juni 1950*, Staatsblad K 258, Arnhem: Gouda Quint 1952
- Hoogland 1947 J.P. Hoogland, *Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, Handelingen NJV 1947*
- A. Hoyer 1993 A. Hoyer, *Die Rechtsnatur des Verfalls angesichts des neuen Verfallsrecht*, GA 1993, p. 406-422
- P. Hoyer & Klos 1998 P. Hoyer en J. Klos, *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis*, Bielefeld: Erich Schmidt Verlag 1998
- Hugenholtz/Heemskerk 1998 W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, voortgezet door W.H. Heemskerk*, Den Haag: Vuga 1998
- Huidekoper 1975 P.A. Huidekoper, *Hantering van het economisch strafrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 1975
- De Hullu 1997 J. de Hullu, *Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het strafrecht, in: Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland, Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: Kluwer 1997, p. 89-134
- De Hullu 2000 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Gouda Quint 2000
- Huls & Peters 1995 N. Huls en M. Peters, *Poen en poenaliteit*, in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 43-55
- Huls 1998 N.J.H. Huls, *Make my day. Een rechtssociologische herwaardering van faillissementswaarden*, Leiden 1998
- Hund 1996 H. Hund, *Der Geldwäschetatbestand – mißglückt oder mißverstanden?*, ZRP 1996, p. 163-166
- Immenga/Mestmäcker-Tiedemann 1992 U. Immenga en E.J. Mestmäcker, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar*, München: C.H. Beck 1992 (aangehaald commentaar bewerkt door K. Tiedemann)
- Interimrapport Vermogensstraffen 1969 Interimrapport van de Commissie Vermogensstraffen, Den Haag 1969
- Jacobs & White 1996 F.G. Jacobs en R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press 1996
- Jescheck & Weigend 1996 H.-H. Jescheck en Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin: Duncker & Humblot 1996
- Jolls, Sunstein & Thaler 1998 C. Jolls, C.R. Sunstein en R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review* 50 (1998), p. 1471-1550
- De Jong & Kessler 1999 D.H. de Jong en M. Kessler, *Opzet in de Opiumwet: bewijs en inhoud*, p. 385-391
- Jonkers 1974 W.H.A. Jonkers, *Naar een herziening van de vermogenssancties*, NJB 1974, p. 377-388

- Jonkers e.a. (losbl.) W.H.A. Jonkers e.a. (red.), Het penitentiair recht. Strafrechtelijke sancties in Nederland, losbladige uitgave, Deventer: Gouda Quint z.j.
- Josephus Jitta 1990 A.N.A. Josephus Jitta, Recente ontwikkelingen rond het afromen, in: R.S. Helsdingen e.a. (red.), Geld speelt een rol. Verslag van een themadag rond het afromen van criminele winsten, Lochem 1990, p. 17-23
- Julius 1997 K.-P. Julius, Einziehung, Verfall und Art. 14 GG, ZStW 1997, p. 58-102
- Kaiser 1989 G. Kaiser, Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, in: H.-H. Jescheck en Th. Vogler (red.), Festschrift für Herbert Tröndle, Berlin: Walter de Gruyter 1989, p. 685-704
- Kaiser 1999 G. Kaiser, Strafrechtliche Gewinnabschöpfung im Dilemma zwischen Rechtsstaatlichkeit und Effektivität, ZRP 1999, p. 144-150
- Kaiser 2000 G. Kaiser, Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Gewinnabschöpfung, wistra 2000, p. 121-130
- Katholnigg 1994 O. Katholnigg 1994, Die Neuregelungen beim Verfall, JR 1994, p. 353-356
- De Keijser 2000a J.W. de Keijser, Punishment and Purpose. From Moral Theory to Punishment in Action, Leiden 2000
- De Keijser 2000b J.W. de Keijser, De bedoeling van straf in theorie en praktijk. Verslag van een onderzoek bij Nederlandse rechters en raadsheren, Trema 2000, p. 222-226
- Keijser-Ringnalda 1992 L.F. Keijser-Ringnalda, European Integration with regard to the Confiscation of the Proceeds of Crime, European Law Review 1992, p. 499-515
- Keijser-Ringnalda & Roze-
mond 1993 L.F. Keijser-Ringnalda en K. Rozemond, Het hellend vlak argument in strafrechtelijke discussies, DD 1993, p. 621-649
- Keijser-Ringnalda 1994 L.F. Keijser-Ringnalda, Boef en buit. De ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen, Arnhem: Gouda Quint 1994
- Keijser-Ringnalda 1996 L.F. Keijser-Ringnalda, Vervangende hechtenis bij ontnemingsmaatregelen: verkapte vrijheidsstraf of dwangmiddel?, Sancties 1996, p. 7-18
- Keijser-Ringnalda 1997 L.F. Keijser-Ringnalda, De Ontnemingsrichtlijn (1997) nader bekeken, Trema 1997, p. 316-319
- Keijzer 1987 N. Keijzer, Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), Naar eer en geweten (Rommelink-bundel), Arnhem 1987, p. 235-253
- Keijzer 2000 N. Keijzer, Contempt of court, Deventer: Gouda Quint 2000
- Kelk & Haffmans 1986 C. Kelk en Ch. Haffmans, De strafrechtelijke maatregelen en het tanende tweesporenstelsel, in: J.P. Balkema e.a. (red.), Gedenboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 333-347
- Kelk 1998 C. Kelk, Studieboek materieel strafrecht, Deventer: Gouda Quint 1998
- Kelk 1999 C. Kelk, De perspectieven van de SOV, Sancties 1999, p. 208-216
- Van Kempen 1998 P.H.P.H.M.C. van Kempen, Rechtsvinding als oplossing voor verwerking van EHRM-beslissingen in strafzaken?, Trema 1998, p. 104-108
- Kerkmeester 1993 H.O. Kerkmeester, De strafrechtstheorie van Gary Becker, DD 1993, p. 225-239
- Kerkmeester 1999 H.O. Kerkmeester, Twee benaderingen van het gebruik van statistisch bewijs, AA 1999, p. 793-799

- Kerkmeester & Visscher 1999 H.O. Kerkmeester en L.T. Visscher, Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade: een nieuw pleidooi voor de leer Demogue-Besier, WPNR 6378 (1999), p. 835-840
- Keulen 1990 B.F. Keulen, Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht, Arnhem: Gouda Quint 1990
- Keulen 1995 B.F. Keulen, Economisch strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1995
- Keulen 1999 B.F. Keulen, Crimineel vermogen en strafrecht. Een commentaar op de ontnemingswetgeving, Deventer: Gouda Quint 1999
- Kilchling & Kaiser 1997 M. Kilchling en G. Kaiser (red.), Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisieren Kriminalität, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1997
- Kilchling 1997 M. Kilchling, Rechtsvergleichende Perspektiven, in: M. Kilchling en G. Kaiser (red.), Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisieren Kriminalität, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1997, p. 596-640
- Kilchling 2000 M. Kilchling, Die vermögensbezogene Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Recht und Praxis der Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung zwischen Anspruch und Wirklichkeit, wistra 2000, p. 241-249
- KK OWiG-Bohnert 1989 K. Boujong, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, München: C.H. Beck 1989 (aangehaald commentaar bewerkt door J. Bohnert)
- KK OWiG-Cramer 1989 Idem (aangehaald commentaar bewerkt door P. Cramer)
- KK OWiG-Steindorf 1989 Idem (aangehaald commentaar bewerkt door J. Steindorf)
- KK OWiG-Wilts 1989 Idem (aangehaald commentaar bewerkt door W. Wilts)
- Kleemans e.a. 1998 E.R. Kleemans, E.A.I.M. van den Berg en H.G. van der Bunt, Georganiseerde criminaliteit in Nederland, met medewerking van M. Brouwers, R.F. Kouwenberg en G. Paulides, Den Haag: WODC 1998
- Klevorick 1992 A.K. Klevorick, On the Economic Theory of Crime, in: J. Coleman en J. Lange (red.), The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Law and Economics. Volume I, Aldershot: Dartmouth 1992, p. 495-505 (eerder verschenen in Criminal Justice: Nomos XXVII (1985), p. 289-309)
- Koens & De Jonge 1995 M.J.C. Koens en G. de Jonge, Het nieuwe strafrecht en strafprocesrecht voor jeugdigen, Arnhem: Gouda Quint 1995
- Köhler & Beck 1991 M. Köhler en W. Beck, Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen, JZ 1991, p. 797-804
- Kokott 1993 J. Kokott, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten, Berlin: Springer Verlag 1993
- Kolthoff & Speijers 1997 Financieel rechercheren. Eindrapport van het project Financieel Rechercheren van de Raad van Hoofdcommissarissen en het College van Procureurs-Generaal, door E.W. Kolthoff en A.L. Speijers, Deventer 1997 (CD-rom uitgave)
- Kooijmans 2000a T. Kooijmans, De strafrechtelijke maatregel in het perspectief van het legaliteitsbeginsel, in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), Over de grens van het legaliteitsbeginsel, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 117-134
- Kooijmans 2000b T. Kooijmans, Strafrechtelijke opvang verslaafden, DD 2000, p. 593-609
- Koopman 1996 R.J. Koopman, Bewijslast in belastingzaken, Amsterdam 1996

- Koops 2000 B.J. Koops, Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?, Kluwer: Deventer 2000
- A. Knigge 1996 A. Knigge, Het Openbaar Ministerie als procespartij in een civiele procedure, *Trema* 1996, p. 135-141
- G. Knigge 1989 G. Knigge, Het irrationele van de straf, Arnhem: Gouda Quint 1988
- Krabbe & Van Hattum 2000 H.G.M. Krabbe en W.F. van Hattum, De ne bis in idem-regel in de rechtspraak van het EHRM, DD 2000, p. 6-20
- Krabbe & Poelman 1985 H.G.M. Krabbe en H.M. Poelman, Enkele aspecten van het ne bis in idem-beginsel in internationaal verband, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Liber amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 123-145
- Kracht 2000 M. Kracht, Gewinnabschöpfung und Wiedergutmachung bei Unweltdelikten. Ein Beitrag zum Potenzial des Verfallsrecht, *wistra* 2000, p. 326-334
- Krey & Dierlamm 1992 V. Krey en A. Dierlamm, Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, *JR* 1992, p. 353-360
- Krikke 1975 A. Krikke, Behandeling van strafuitsluitingsgronden door de rechter, DD 1975, p. 413-432
- Kristen 1998 F.G.H. Kristen, Schulleffecten in strafrechtelijk effectenrecht. De verwijtbaarheid bij misbruik van voorwetenschap, in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 47-63
- Kristen, Borgers & Koopmans 1998 F.G.H. Kristen, M.J. Borgers en I.M. Koopmans, Schuld in het strafrecht, in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 11-28
- Lackner 1997 K. Lackner (red.), *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München: C.H. Beck 1997 (aangehaald commentaar bewerkt door K. Lackner)
- Lamp 2000 R.M.I. Lamp, Misdaadvermogen en het internationaal strafrecht. De internationale samenwerking door Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba inzake de bestrijding van het witwassen en de confiscatie van wederrechtelijk verkregen voordeel, Deventer: Gouda Quint 2000
- Van der Landen 1992 D. van der Landen, Straf en maatregel. Een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel in het strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1992
- Van der Landen & Simmelink 1997 D. van der Landen en J. Simmelink, De ontnemingsprocedure, in: M.S. Groenhuijsen, J.L. van der Neut en J. Simmelink (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 155-193
- Langemeijer 1931 G.E. Langemeijer, Beweringslast en bewijsrisico in het strafproces, *TvS* 1931, p. 73-102
- Langemeijer 1938 G.E. Langemeijer, Het strafrecht en de benadeelde, *NJB* 1938, p. 29-37 en p. 53-60
- Lankhorst 1992 G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 1992
- Lankhorst 1998 G.H. Lankhorst, Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen per 1 december 1998 in werking. Faillissementswet verrijkt met derde insolventieprocedure, *AA* 1998, p. 970-975
- Larenz/Canaris 1994 K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil*, voorgezet door C.-W. Canaris, München: C.H. Beck 1994
- Lemke 1999 M. Lemke, *Heidelberger Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, Heidelberg: C.F. Müller 1999

- Lensing 1995 J.A.W. Lensing, 'Feit', artikel 68 Wetboek van Strafrecht en dubbele vervolging, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 203-220
- Lenters 1999 H. Lenters, Tenuitvoerlegging van lijfswang, FJR 1999, p. 96-99
- Lenz 1986 M. Lenz, Einziehung und Verfall – de lege lata und de lege ferenda, Hamburg 1986
- J.C.M. Leijten 1987 J.C.M. Leijten, Straf naar mate van de schuld, in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Straffen in gerechtigheid* (Jonkers-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 61-69
- M.J.C. Leijten 1991 M.J.C. Leijten, Tucht recht getoetst. Een onderzoek naar de betekenis van grondrechten voor de wettelijke regeling van tucht recht en van de tuchtprocedure, Arnhem: Gouda Quint 1991
- Loof, Ploeger & Van der Steur 2000 J.-P. Loof, H. Ploeger en A. van der Steur (red.), *The right to property. The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker 2000
- LK-Schäfer 1985 H.-H. Jescheck, W. Ruß en G. Willms, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, Berlin: Walter de Gruyter 1985 (aangehaald commentaar bewerkt door G. Schäfer)
- Lüke 1999 W. Lüke, *Zivilprozeßrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*, München: C.H. Beck 1999
- Machielse 1983 A. Machielse, Samenloop, art. 68 Sr en beginselen van behoorlijk strafproces, DD 1983, p. 137-146
- Maeijer 1962 J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding*, Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1962
- Martens 2000 S.K. Martens, *De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter*, NJB 2000, p. 747-758
- Van der Meer 1998 I.J.K. van der Meer, *De presumptio innocentiae en het bewijs in ontnemingszaken*, in: M.J. Borgers, I.M. Koopmans en F.G.H. Kristen (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998
- Meijers 1993 L.C.M. Meijers, *Verdrag en strafproces. Gedachten over een methode van werken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993
- Melai 1968 A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1968
- Melai 1973 A.L. Melai, *Het strafproces geen zuiveringsproces*, DD 1973, p. 457-460
- Melai e.a. (losbl.) A.L. Melai, *Het Wetboek van Strafvordering, voortgezet onder redactie van M.S. Groenhuijsen, Th.A. de Roos en A.H.J. Swart*, Arnhem z.j.
- Merills 1995 J.G. Merills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester: Manchester University Press 1995
- Meussen 1998 G.T.K. Meussen, *Gemengde kosten revisited: over criminele kosten, fiscale neutraliteit en vereenvoudiging*, Fiscaal Ondernemingsrecht 1997, p. 81-95
- Mevis 1993 P.A.M. Mevis, *Het strafrechtelijk tweesporen stelsel*, NJB 1993, p. 1323-1325
- Mevis 1997 P.A.M. Mevis, *Hoofddlijnen van het strafrechtelijk sanctiestelsel*, Deventer: Tjeenk Willink 1997
- Meyer, Dessecker & Smettan 1989 J. Meyer, A. Dessecker en J.R. Smettan (red.), *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung*, Wiesbaden: BKA 1989

- Meyer & Hetzer 1997a J. Meyer en W. Hetzer, *Gewinnabschöpfung durch Besteuerung*, ZRP 1997, p. 13-21
- Meyer & Hetzer 1997b J. Meyer en W. Hetzer, *Die Abschöpfung von Verbrechenengewinnen. Rechtliche und praktische Probleme bei der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Kriminalistik 1997, p. 31-36
- Meyer-Großner 1999 L. Meyer-Großner, *Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München: C.H. Beck 1999
- Michalke 1993 R. Michalke, *Die strafrechtlichen und verfahrensrechtlichen Änderungen des Außenwirtschaftsgesetzes*, StV 1993, p. 262-269
- Minkenhof/Reijntjes 1999 A. Minkenhof, *De Nederlandse strafvordering*, bewerkt door J.M. Reijntjes, Deventer: Gouda Quint 1999
- Mitchell, Taylor & Talbot 1997 A.R. Mitchell, S.M.E. Taylor & K.V. Talbot, *Confiscation and the proceeds of crime*, London: Sweet & Maxwell 1997
- Modderman 1867 W. Modderman, *De wettelijke bewijsleer in strafzaken*, Utrecht: Van der Post 1867
- Möhrenschlager 1986 M. Möhrenschlager, *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG). Entstehungsgeschichte und Überblick*, wistra 1986, p. 123-127
- Möhrenschlager 1992 M. Möhrenschlager, *Das OrgKG – eine Übersicht nach amtlichen Materialien*, wistra 1992, p. 281-289 en 326-333
- Mok 1982 M.R. Mok, *Geldboetes en fiscus; een andere visie*, TVVS 1982, p. 170-172
- Mok 1984 M.R. Mok, *Geldt het draagkrachtbeginsel niet voor boetes wegens overtreding van Europees kartelrecht?*, SEW 1984, p. 137-143
- Mols 1999 G.P.M.F. Mols, *Ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel en de presumptio innocentiae*, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 125-127
- Morris 1976 H. Morris, *Persons and Punishment*, in: H. Morris, *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Berkely: University of California Press 1976, p. 31-58
- Van Mourik 1979 M.J.A. van Mourik, *Het begrip 'waarde' in het privaatrecht en enige fiscale wetten*, WPNR 5494 (1979), p. 577-582
- Van Mourik 1997 M.J.A. van Mourik, *Erfrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997
- Van Mourik 2000 M.J.A. van Mourik, *Nieuw erfrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2000
- Mul 1995 V. Mul, *Waardeconfiscatie: 'veroordeling' zonder schuld*, in: J.R. Blad e.a. (red.), *Met recht op de vlucht (Politoff-bundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 201-210
- Mul 1999 V. Mul, *Banken en witwassen. Wetgeving omtrent de betuigeling van het witwassen van geld*, Deventer: Gouda Quint 1999
- A. Mulder 1950 A. Mulder, *De handhaving der sociaal-economische wetgeving. Naast strafrechtspraak bedrijfsrechtspraak?*, Den Haag: Daamen 1950
- A. Mulder 1959 A. Mulder, *Wet op de Economische Delicten. Wet van 22 juni 1950, houdende vaststelling van regelen voor de opsporing, de vervolging en de berechting van economische delicten. De wet en haar uitvoeringsvoorschriften, voorzien van commentaar*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959
- A. Mulder 1975 A. Mulder, *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975
- G.E. Mulder 1980 G.E. Mulder, *Causaliteit in het strafrecht*, in: V.H. Davelaar-van Tongeren e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief*, Arnhem 1980, p. 179-196

- G.E. Mulder 1987 G.E. Mulder, Vage normen. Beschouwingen over het 'Lex Certa' beginsel, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten (Rommeling-bundel)*, Arnhem 1987, p. 409-427
- Müther 1999 P.-H. Müther, Die Vorteilsabschöpfung im Ordnungswidrigkeitenrecht in § 17 Absatz 4 OWiG unter Berücksichtigung des deutschen und europäischen Kartellrecht, Frankfurt am Main: Peter Lang 1999
- Nelen, Kouwenberg & Aidala 1994 H. Nelen, R. Kouwenberg en R. Aidala, Plukze; de implementatie. Verslag van een eerste peiling binnen de arrondissementsparketten, rechtbanken en BFO's, Den Haag: WODC 1994
- Nelen 1996 J.M. Nelen, Ontnemingswetgeving; uitgangspunten en praktische uitwerking, JV 1996, nr. 9, p. 46-56
- Nelen & Sabee 1996 J.M. Nelen en V. Sabee, Het vermogen te ontnemen. Wetsevaluatie – fase 2, met medewerking van R.F. Kouwenberg en R. Aidala, WODC-reeks Onderzoek en beleid nr. 156, Arnhem: Gouda Quint 1996
- Nelen & Sabee 1998 J.M. Nelen en V. Sabee, Het vermogen te ontnemen. Evaluatie van de ontnemingswetgeving – eindrapport, WODC-reeks Onderzoek en beleid nr. 170, Den Haag: WODC 1998
- Nelen & Sabee 1999 J.M. Nelen en V. Sabee, Voordeelsontneming en de rol van de FIOD: mogelijkheden en beperkingen, DD 1999, p. 755-763
- Nelen 2000 J.M. Nelen, Gelet op de wet. De evaluatie van strafwetgeving onder de loep, Amsterdam: Vrije Universiteit 2000
- Van der Neut 1997 J.L. van der Neut, Het materiële ontnemingsrecht, in: M.S. Groenhuijsen, e.a. (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 37-67
- Van der Neut & Simmelink 1994 J.L. van der Neut en J. Simmelink, Overgangsprikelen rond de 'Plukze'-wetgeving, DD 1994, p. 59-68
- Van der Neut & Simmelink 1996 J.L. van der Neut en J. Simmelink, Van overeenkomstige toepassing. Voordeelsontneming en techniek van wetgeving, DD 1996, p. 851-873
- Van der Neut & Simmelink 1997 J.L. van der Neut en J. Simmelink, Nogmaals 'voordeel' en 'van overeenkomstige toepassing'; naschrift, DD 1997, p. 138-145
- Van der Neut & Simmelink 1999 J.L. van der Neut en J. Simmelink, Vijf jaar ontnemingswetgeving: hoe nu verder?, in: P. Everaars e.a. (red.), *Ontnemingswetgeving in perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1999
- Van der Neut & Wedzinga 1997 J.L. van der Neut en W. Wedzinga, Wat waren de juwelen waard?, Adv.bl. 1997, p. 873-874
- Niessen 1998 R. Niessen, Fiscaaljuridische en bedrijfseconomische analyse, in: M. Faure en Th. de Roos (red.), *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Den Haag: Sdu 1998, p. 235-248
- Nieuwenhuis 1995 J.H. Nieuwenhuis, Het Vermoeden, RM Themis 1995, p. 341-343
- Nieuwenhuis 2000 J.H. Nieuwenhuis, De Constitutie van het burgerlijk recht, RM Themis 2000, p. 203-211
- Nilsson 1992 H.G. Nilsson, The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of Developing International Criminal Law, in: A. Eser & O. Lagodny (red.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1992
- Nijboer 1994 J.F. Nijboer, Een verkenning van het vergelijkend straf- en strafprocesrecht, Arnhem: Gouda Quint 1994
- Nijboer 1997 J.F. Nijboer, Strafrechtelijk bewijsrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997

- Nijboer 2000 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000
- Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbl.) T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, voortgezet door A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse, Deventer: Gouda Quint z.j.
- O'Connell 1997 M.S. O'Connell, *Correcting Corrective Justice: Unscrambling the Mixed Conception of Tort Law*, *The Georgetown Law Journal* 85 (1997), p. 1717-1737
- Oderkerk 1999 A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999
- Ölçer 2000 F.P. Ölçer, Article 1 Protocol No. 1 ECHR and the criminal law: limiting the power to punish?, in: J.-P. Loof e.a. (red.), *The right to property. The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker 2000, p. 165-194
- Oudelaar 1996 H. Oudelaar, *Lijfsdwang; onmacht en onwil*, TCR 1996, p. 21-23
- Peltzer 1977 M. Peltzer, *Die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Vorteils bei der Bußgeldbemessung im Ordnungswidrigkeitenrecht*, DB 1977, p. 1445-1448
- Perron 1993 W. Perron, *Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Strafverfolgungsinteressen und privaten Eigentumsrechten*, JZ 1993, p. 918-925
- Persoon 1997 R. Persoon, *Geplukt en aangeslagen! De uitgangspunten van de Pittbullwetgeving in relatie tot de bepaling van de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, DD 1997, p. 1022-1042
- Pfeijffer-Engelhardt 1999 G. Pfeiffer (red.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, München: C.H. Beck 1999 (aangehaald commentaar bewerkt door H. Engelhardt)
- Pfeijffer-Fischer 1999 G. Pfeiffer (red.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, München: C.H. Beck 1999 (aangehaald commentaar bewerkt door Th. Fischer)
- Pheijffer e.a. 1997 M. Pheijffer, J.G. Kuijl, A.Th.H. van Dijk en G.J.C.M. Bakker, *Financieel rechercheren. Theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 1997
- Pheiffer 2000 M. Pheiffer, *De forensisch accountant: het recht meester*, Den Haag: Vermande 2000
- Pieth 1990 M. Pieth, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten: Zu den Hintergründen und Risiken der neuen Gesetzgebung*, StV 1990, p. 558-562
- Pietsch 1991 D. Pietsch, *Die Bekämpfung illegaler Rüstungsexporte. Zur Novellierung des Außenwirtschaftsrechts*, KJ 1991, p. 475-491
- Pitlo-Van der Burght 1997 Gr. van der Burght, *Erfrecht*, Deventer: Gouda Quint 1997
- Pitlo-Hidma-Rutgers 1995 T.R. Hidma en G.R. Rutgers, *Bewijs. De regeling van het bewijsrecht in civiele zaken*, Arnhem: Gouda Quint 1995
- Poelert 1997 J. Poelert, *Wederrechtelijk verkregen voordeel. De problematiek omtrent het berekenen van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, TvP 1997, nr. 4, p. 11-14
- Polak 1947 L. Polak, *De zin der vergelding. Een strafrechts-philosophisch onderzoek, deel II*, Amsterdam: Van Oorschot 1947
- Polak-Wessels IX 1999 B. Wessels, *Insolventierecht, deel IX. Schuldsanering natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 1999

- Pompe 1921 W.P.J. Pompe, Beveiligingsmaatregelen naast straffen, Utrecht: Dekker en Van de Vegt 1921
- Pompe 1959 W.P.J. Pompe, Handboek van het Nederlandse strafrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1959
- Pompe 1975 W.P.J. Pompe, Het bewijs in strafzaken, in: Vijf opstellen van Willem Pompe, Zwolle: Tjeenk Willink 1975, p. 33-54
- Posner 1981 R.A. Posner, The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law, *The Journal of Legal Studies* 10 (1981), p. 187-206
- Posner 1998 R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company 1998
- Prütting 1983 H. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast. Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, München: C.H. Beck 1983
- Punt 1997a H.G. Punt, Het 'wederrechtelijk verkregen voordeel' en 'van overeenkomstige toepassing', DD 1997, p. 121-137
- Punt 1997b H.G. Punt, Het OM-beleid, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 285-299
- RAC-rapport 1986 Rapport van de Werkgroep Financiële facetten van ernstige vormen van criminaliteit (werkgroep ingesteld door Recherche Advies Commissie), Den Haag 1986
- Rambonnet 1947a H.G. Rambonnet, De aard van het economisch delict en de strafmaat, NJB 1947, p. 224-225
- Rambonnet 1947b H.G. Rambonnet, De strafmaat bij economische delicten, NJB 1947, p. 425-427
- Rapport-Terwee 1988 Rapport van de Commissie wettelijke voorzieningen in het strafproces, Den Haag: Sdu 1988
- Rapport-Wortel 1997 Rapport van de Commissie Wortel, werkgroep van de Adviescommissie Wetgeving voor het Openbaar Ministerie, z.p. 1997 (dit rapport is als bijlage 4a opgenomen bij E.W. Kolthoff en A.L. Speijers, *Financieel Rechercheren*, Eindrapport van het project Financieel Rechercheren van de Raad van Hoofdcommissarissen en het College van Procureurs-Generaal, Deventer 1997)
- Reehuis 1992 W.H.M. Reehuis, De wil van de wetgever: over het gezag van wettekst en parlementaire geschiedenis, in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992
- Reijntjes 1980 J.M. Reijntjes, *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1980
- Reijntjes 1993 J.M. Reijntjes, Met de dader ook de buit!, in: P.C. van Duyne e.a. (red.), *Misdaadgeld*, Arnhem: Gouda Quint 1993
- Reijntjes 1994 J.M. Reijntjes, *Voorarrest*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994
- Reijntjes & Wöretshofer 1999 J.M. Reijntjes en J. Wöretshofer, *Over ontneming*, DD 1999, p. 764-771
- Remmelink 1965 J. Remmelink, Iets over verbeurdverklaring en onttrekking aan het verkeer, NJB 1965, p. 84-98 en p. 109-119
- Remmelink 1996 J. Remmelink, Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, Deventer: Gouda Quint 1996

- Rieß 1992 P. Rieß, Neue Gesetze zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, Neue Justiz 1992, p. 491-496
- Roef 1998a D. Roef, Ordnungswidrigkeitenrecht en Strafgesetzbuch: belangrijkste kenmerken en verschillen, in: M. Faure en Th. de Roos (red.), De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten, Den Haag: Sdu 1998, p. 103-105
- Roef 1998b D. Roef, Voordeelsontneming via het Ordnungswidrigkeitenrecht, in: M. Faure en Th. de Roos (red.), De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten, Den Haag: Sdu 1998, p. 139-160
- Rogier 1997 L.J.J. Rogier, De Wet Mulder. Artikelsgewijs commentaar op de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften, Deventer: Gouda Quint 1997
- De Roos 1994 Th.A. de Roos, Beheerste reactie of overkill? Hedendaagse punitiviteit in de strafrechtspolitik, in: M. Moerings (red.), Hoe punitief is Nederland?, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 45-58
- De Roos 1998 Th.A. de Roos, Het begrip 'voordeel' in de strafrechtelijke ontnemingsmaatregel, AA 1998, p. 313-319
- Van Roosbroeck 1995 A. Van Roosbroeck, Witwassen. Voorkoming en bestraffing van witwassen van geld en illegale vermogensvoordelen, Antwerpen: ETL 1995
- Rozemond 1998 K. Rozemond, Strafvorderlijke rechtsvinding, Deventer: Gouda Quint 1998
- Rozemond 2000 K. Rozemond, Voorafgaande beschouwingen in de strafrechtspraak van de Hoge Raad, NJB 2000, p. 706-712
- Van Russen Groen 1998 P.M. van Russen Groen, Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht, Deventer: Gouda Quint 1998
- Rüsken 1998 B. Brokmeyer e.a. (red.), Abgabenordnung, einschließlich Steuerstrafrecht, München: C.H. Beck 1998 (aangehaald commentaar bewerkt door R. Rüsken)
- Rutgers 2000 G.R. Rutgers, Partij-getuige bij tegenbewijs, AA 2000, p. 881-885
- Ruys 1997 H.Ph. Ruys, Het fiscale regime voor criminelen, WFR 6263 (1997), p. 1422-1428
- Sannwald 1986a R. Sannwald, Die Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG bei Verstößen gegen handwerks- oder gewerberechtliche Vorschriften, GewArch 1986, p. 84-87
- Sannwald 1986b R. Sannwald, Zur Vorteilsabschöpfung bei Verstößen gegen handwerks- oder gewerberechtliche Vorschriften, GewArch 1986, p. 319-320
- Schaap 1999 C.D. Schaap, Heling getoetst. Studie naar het witwassen van geld en de strafbaarstelling door middel van de helingsbepalingen, Deventer: Gouda Quint 1999
- Schalken 1999 T.M. Schalken, Toekomstige wetgeving inzake witwassen: over oude en nieuwe bezwaren, DD 1999, p. 287-310
- Schalken 2000 T.M. Schalken, Rechter of wetgever, DD 2000, p. 1-5
- Van Schellen 1972 J. van Schellen, Juridische causaliteit. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht, Kluwer: Deventer 1972
- Schmitt 1984 R. Schmitt, Aktivierung des Verfalls!, in: R. Hauser e.a. (red.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich: Schulthess 1984, p. 295-302

- Scholman 1997 G.J. Scholman, Actie tot winstafdracht blijkt slechts wijze van schadebegroting, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 289-304
- Schönke/Schröder-Eser 1997 A. Schönke en H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München: C.H. Beck 1997 (aangehaald commentaar bewerkt door A. Eser)
- Schonis 1982 H.M.N. Schonis, De fiscale aftrekbaarheid van steekpenningen en boetes, *TVVS* 1982, p. 168-170
- Schoordijk 1986 H.C.F. Schoordijk, *Nogmaals: ongegronde vermogensvermeerdering*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986
- Schroth 1986 H.-J. Schroth, Der Regelungsgehalt des 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts, *wistra* 1986, p. 158-165
- Schultehinrichs 1991 F. Schultehinrichs, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den erweiterten Verfall*, Mainz 1991
- Schutte 1990 J.J.E. Schutte, Ter vergroting van de afpakkans. Een inleiding op de ontwikkeling van interstatelijke samenwerking gericht op het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel, Arnhem: Gouda Quint 1990
- Schutte 1991 J.J.E. Schutte, Het wetsvoorstel inzake ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, in: D.R. Doorenbos en R.J. Verweij (red.), *Hercodificatie Wetboek van Strafvordering. Tijd voor een integrale voorziening?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991, p. 162-173
- Schwartz 1997 G.T. Schwartz, Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice, *Texas Law Review* 75 (1997), p. 1801-1834
- Simmelink 1995 J.B.H.M. Simmelink, Redelijkheid bij ontneming van voordeel. De praktijk is (gelukkig) sterker dan de leer, in: A.J.H.W. Coppelmans e.a. (red.), *Het actuele recht 2. Tilburgse commentaren*, Lelystad: Vermande 1995, p. 193-196
- Simmelink & Van der Neut 1996 J. Simmelink en J.L. van der Neut, De omvang van het 'voordeel' en de betalingsverplichting, *DD* 1996, p. 533-551
- Slagter 1952 W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Leiden: Luctor et Emergo 1952
- Smettan 1992 J.R. Smettan, *Kriminelle Bereicherung in Abhängigkeit von Gewinnen, Risiken, Strafen und Moral. Eine empirische Untersuchung*, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1992
- Smidt I 1891 *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, bijeengebracht en gerangschikt door H.J. Smidt, herzien en aangevuld met wijzigingen door J.W. Smidt, Eerste Deel*, Haarlem: H. D. Tjeenk Willink 1891
- J.M. Smits 1881 J.M. Smits, *Vervangende hechtenis volgens het Wetboek van Strafrecht van 3 maart 1881 (St.bl. no. 35)*, Leiden: Somerwil 1881
- P. Smits 1996 P. Smits, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996
- W.L. Snijders 1947 W.L. Snijders, *Motivering van de strafmaat bij economische delicten*, NJB 1947, p. 367-370
- H.J. Snijders 1997 H.J. Snijders, Enige vragen bij schadevergoeding naar draagkracht ex art. 6:109 BW, in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht (Rood-bundel)*, Deventer: Kluwer 1997, p. 263-274

- H.J. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Tjeenk Willink 1997
- Soetenhorst-De Savorin Lohman 1979 J. Soetenhorst-De Savorin Lohman, Van advies tot wetsontwerp. De lotgevallen van de commissie vermogensstraffen nader bekeken, NJB 1979, p. 213-219
- Spier 1992 J. Spier, Schadevergoeding: algemeen, deel 3, Monografieën Nieuw BW B36, Deventer: Kluwer 1992
- Spier 1996 J. Spier, Opkomst en ondergang van de vordering tot winstafdracht, NTBR 1996, p. 89-92
- Spier 1998 J. Spier, Schade en loss occurrence-verzekeringen. Rechtsvergelijkende beschouwingen over schade, het ontstaan van schade en daarop gebaseerde aansprakelijkheidsverzekering, Deventer: Kluwer 1998
- Spoelder 1966 J. Spoelder, De schadestaatprocedure, Deventer: Kluwer 1966
- Sproule & St.-Denis 1989 D.W. Sproule en P. St.-Denis, The UN Drug Trafficking Convention: An Ambitious Step, in: The Canadian Yearbook of International Law, Vancouver: University of British Columbia Press 1989, p. 263-293
- Stadermann 1998 F. Stadermann, Het rechterlijk vermoeden bij het bewijs van feiten die leiden tot aanspraken terzake van letselschade, in: F. Stadermann e.a., Bewijs en letselschade, Lelystad: Vermande 1998
- Stessens 1997 G. Stessens, De nationale en internationale bestrijding van het witwassen. Onderzoek naar een meer efficiënte bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1997
- Stessens 2000 G. Stessens, Nogmaals over de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit een misdrijf en aanverwante aspecten, zoals de strafbaarstelling van het witwassen, RW 1999-2000, p. 1073-1086
- Strijards 1987a G.A.M. Strijards, De noodzaak van een protolegale strafdefinitie, in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), Straffen in gerechtigheid (Jonkers-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 43-59
- Strijards 1987b G.A.M. Strijards, De internationale erkenning van strafgewijsden, in: J.P. Balkema e.a. (red.), Naar eer en geweten (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 587-606
- Stuckenberg 1997 C.-F. Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin: De Gruyter 1997
- Stuckenberg 1999 C.-F. Stuckenberg, Die normative Aussage der Unschuldsvermutung, ZStW 1999, p. 422-460
- Suijling 1947 J.Ph. Suijling, De historische interpretatie van het Burgerlijk Wetboek en haar nasleep, in: J.Ph. Suijling, Levend en stervend recht, Haarlem: Bohn 1947, p. 5-16
- T&C Sr 2000 C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), Tekst en Commentaar Strafrecht, Deventer: Kluwer 2000
- Terwee-van Hilten 1991 C.A. Terwee-van Hilten, De schadevergoedingsmaatregel, sanctie en handreiking, in: G.J. Bijleveld e.a. (red.), Qui bene distinguit bene docet (Gerbrandy-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 105-125
- Tiedemann 1990 K. Tiedemann, Gewinnabschöpfung, in: W. Krekeler e.a. (red.), Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Heidelberg: C.F. Müller 1990, p. 1-5
- Tiedemann & Vogel 1990 K. Tiedemann en J. Vogel, Mehrerlös, in: W. Krekeler e.a. (red.), Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Heidelberg: C.F. Müller 1990, p. 1-5

- Tophinke 2000 E. Tophinke, *Das Grundrecht der Unschuldsumutung*. Aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organen und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bern: Stämpfli 2000
- Traest 1988 P. Traest, *Bewijslast in strafzaken*, in: A. De Nauw e.a. (red.), *Actuele problemen van strafrecht*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer 1988, p. 91-132
- Traest 1992 P. Traest, *Het bewijs in strafzaken*, Gent: Mys & Breesch 1992
- Tröndle/Fischer-Fischer 1999 H. Tröndle en Th. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München: C.H. Beck 1999 (aangehaald commentaar bewerkt door Th. Fischer)
- Valkenburg 1999 W.E.C.A. Valkenburg, *Interferentie van strafrecht en fiscaal recht*, WFR 6329 (1999), p. 255-264
- Valkenburg 2000 W.E.C.A. Valkenburg, *Fiscus, openbaar ministerie en (fiscale) fraudebestrijding*, DD 2000, p. 1046-1058
- Van Veen 1949 Th.W. van Veen, *Generale preventie*, Den Haag: Daamen 1949
- Van Veen & Balkema 1982 Th.W. van Veen en J.P. Balkema, *Voorarrest. Strafprocessuele en sociaalrechtelijke aspecten, met medewerking van F.M. Noordam, Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1982*
- Vellinga-Schootstra 1987 F. Vellinga-Schootstra, *Doelmatigheid en dwangmiddelen. Een pleidooi voor wetgeving*, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten (Remmeling-bundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 649-661
- Van Velthoven 1997 B.C.J. van Velthoven, *Misdaad en straf*, in: B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 275-329
- Veltins & Veltins 1981 M.A. Veltins en J. Veltins, *Zulässigkeit und Grenzen der Mehrerlösabschöpfung nach § 37b GWB*, WRP 1981, p. 619-623
- Vennix 1998 R.M. Vennix, *Boef en beslag. De strafvorderlijke inbeslagneming van voorwerpen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998
- Vennix 1999 R.M. Vennix, *Het voorontwerp witwassen: samenloop met heling en enige beslagperikelen*, DD 1999, p. 311-330
- Vermeulen 1999 G.P. Vermeulen, *Berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Bedrijfseconomisch of fiscaal bepaald, of naar een zelfstandig strafrechtelijk stelsel?*, in: P. Everaars e.a. (red.), *Ontnemingswetgeving in perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 69-125
- Verschoof 1998 R.J. Verschoof, *Schuldsanering voor natuurlijke personen*, Amsterdam: NIBE 1998
- Verstijlen 1998 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator*, Deventer: Tjeenk Willink 1998
- Vervaele 1996 J.A.E. Vervaele, *Strafbare rechtsschendingen en het aantasten van vermogensrechten. 'In rem'-procedures en de moeizame EVRM-jurisprudentie*, in: C.H. Brants e.a. (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief (Swart-bundel)*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 77-92
- Vetter & Wattel 2000 J.J. Vetter & P.J. Wattel, *Hoofdzaken invordering*, Deventer: Fed 2000
- Viering 1994 M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994
- Viering & Fleuren 1997 M.L.W.M. Viering en J.W.A. Fleuren, *Bendenoun revisited*, NJB 1997, p. 1932-1934

- Visser 1997 G.J. Visser, Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties, TCR 1997, p. 73-77
- De Vries-Leemans 1997 M.J.H.J. de Vries-Leemans, Voordeelsoptneming buiten geding, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 195-215
- Vriesendorp 2000 R.D. Vriesendorp, Ongerechtvaardigde verrijking, in: J. Spier e.a., Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, Deventer: Kluwer 2000, p. 272-288
- Vruggink & Van Dijk 1998 J. Vruggink en Th. van Dijk, Plukze: een straffe maatregel, Proces 1998, p. 78-81
- Vruggink 2001 J. Vruggink, Gepakt en gezakt. Invloed van de ontnemingsmaatregel op daders, Leiden 2001
- Wattel 1987a P.J. Wattel, Pluk ze! (Van pakkans naar afpakkans), DD 1987, p. 689-700 en p. 787-804
- Wattel 1987b P.J. Wattel, Vereenvoudigd derdenbeslag of vereenvoudigde verbeurdverklaring? Inbeslagneming van geld en vorderingen aan houders van penningen: een excursie langs de grenzen tussen strafvordering en invordering, DD 1987, p. 46-60
- Wattel 1992 P.J. Wattel, De fiscale behandeling van het wederrechtelijke, Deventer: Kluwer 1992
- Weigend 1997 Th. Weigend, General Report. The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, International Review of Penal Law/Revue Internationale de droit pénal 68 (1997), p. 523-546
- Weinrib 1995 E.J. Weinrib, The Idea of Private Law, Cambridge/London: Harvard University Press 1995
- Wemes 1988 L.T. Wemes, Over het ontnemen van voordeel en het omkeren of (redelijk?) verdelen van de bewijslast, NJB 1988, p. 417-422
- Werner 1996 G. Werner, Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1996
- Wessels 2000 B. Wessels, Kan een niet te goeder trouw zijnde debiteur tot de wettelijke schuldsaneringsregeling worden toegelaten?, NJB 2000, p. 1778-1784
- Weßlau 1991 E. Weßlau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? Vermögensstrafe, Beweislastumkehr, StV 1991, p. 226-235
- Westerdieck 1987 C. Westerdieck, Die Straßburger Rechtsprechung zur Unschuldsvormutung bei der Einstellung von Strafverfahren. Anmerkung zu den Urteilen des EGMR in den Fällen Lutz, Englert und Nölkenbockhoff, EuGRZ 1987, p. 393-398
- Wiarda 1999 G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans, Deventer: Tjeenk Willink 1999
- De Winter & Witteveen 1981 R. de Winter en W. Witteveen, De wil van de wetgever en het afschuiven van verantwoordelijkheden, NJB 1981, p. 669-678
- Witteveen 1988 W.J. Witteveen, De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie, Zwolle: Tjeenk Willink 1988
- Wladimiroff 1987 M. Wladimiroff, Een buitgerichte aanpak. Een nieuwe sanctie of een nieuwe mogelijkheid tot invordering voor de overheid?, NJB 1987, p. 1117-1120

-
- Wolters 1995 G. Wolters, Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift. Überlegungen zu den Voraussetzungen der Verfallsanordnung und zum Verfallsgegenstand unter besonderer Berücksichtigung des Umweltstrafrechts, Baden-Baden: Nomos 1995
- Wolting 1999 V. Wolting 1999, Criminele kosten in de ontnemingsprocedure, Adv.bl. 1999, p. 1074-1077
- Wöretshofer 1993 J. Wöretshofer, 'Pluk ze' – Nieuwe mogelijkheden tot ontneming van crimineel vermogen, in: P.C. van Duyne e.a. (red.), Misdaadgeld, Arnhem: Gouda Quint 1993
- Wöretshofer 1997 J. Wöretshofer, The Confiscation of the Proceeds of Crime and the Demands of a Proper Judicial Procedure, in: J.F. Nijboer en J.M. Reijntjes (red.), Proceedings of The First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence, Lelystad: Vermande 1997, p. 269-281
- Wöretshofer 1999 J. Wöretshofer, Voordeelsontneming, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999
- Wright 1995 R.W. Wright, Right, Justice and Tort Law, in: D.G. Owen (red.), Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford: Clarendon Press 1995, p.159-182
- Zagaris 1990 B. Zagaris, Developments in International Judicial Assistance and Related Matters, Denver Journal of International Law and Policy 18 (1990), p. 339-386
- Zopfs 1999 J. Zopfs, Der Grundsatz "in dubio pro reo", Baden-Baden: Nomos 1999
- Zweigert & Kötz 1998 K. Zweigert en H. Kötz, Introduction to Comparative Law, vertaald door T. Weir, Oxford: Clarendon Press 1998
- Zwemmer 1991 J.W. Zwemmer, Strafbare feit als belastbare feit, in: Ch.J. Langereis e.a. (red.), Fantasie en durf, Deventer 1991, p. 185-190

Jurisprudentieregister

(er wordt verwezen naar de tekstnummers)

EHRM/ECRM

EHRM 08-06-1978, Series A vol. 26, NJ 1978, 223 (Engel e.a.)	135, 195, 390
EHRM 02-10-1980, Series A vol. 39 (Guzzardi)	547
EHRM 24-02-1982, Series A vol. 49 (Adolf)	199
EHRM 27-05-1982, Series A vol. 50 (Van Droogenbroeck)	547
EHRM 10-02-1983, Series A vol. 58 (Albert & Le Compte)	390
EHRM 25-03-1983, Series A vol. 62, NJ 1986, 698 (Minelli)	195, 199, 200, 203, 214
EHRM 21-02-1984, Series A vol. 73, NJ 1988, 937 (Öztürk)	135, 136
EHRM 24-10-1986, Series A vol. 108 (AGOSI)	136, 214
EHRM 25-08-1987, Series A vol. 123-A, NJ 1988, 938 (Lutz)	135, 199, 200
EHRM 25-08-1987, Series A vol. 123-B (Englert)	199, 200
EHRM 25-08-1987, Series A vol. 123-C (Nölkenbockhoff)	199, 200, 214
EHRM 07-10-1988, Series A vol. 141-A, NJ 1991, 351 (Salabiaku)	201, 384, 386
EHRM 06-12-1988, Series A vol. 146 (Barberà e.a.)	199, 383
EHRM 22-05-1990, Series A vol. 177, NJ 1992, 454 (Weber)	135
EHRM 25-09-1992, Series A vol. 243, NJ 1995, 593 (John Murray)	384, 386
EHRM 25-02-1993, Series A vol. 256-A, NJ 1993, 485 (Funke)	385, 402
EHRM 25-08-1993, Series A vol. 266-A, NJ 1994, 1 (Sekinina)	202-204
EHRM 20-09-1993, Series A vol. 261-C, NJ 1994, 358 (Saïdi)	389
EHRM 22-02-1994, Series A vol. 281, NJ 1995, 166 (Raimondo)	34, 136
EHRM 24-02-1994, Series A vol. 284, NJ 1994, 496 (Bendenoun)	135
EHRM 09-02-1995, Series A vol. 307-A, NJ 1995, 606 (Welch)	131, 200
EHRM 10-02-1995, Series A vol. 308, NJ 1997, 523 (Allenet de Ribemont)	199, 391
EHRM 23-02-1995, Series A vol. 306-B, BNB 1995, 262 (Gasus)	136
EHRM 05-05-1995, Series A vol. 316-A (Air Canada)	136
EHRM 08-06-1995, Series A vol. 320, NJ 1996, 1 (Jamil)	131, 539
EHRM 08-02-1996, RJD 1996-I, p. 30-84, NJ 1996, 725 (John Murray)	385, 386, 402
EHRM 26-03-1996, RJD 1996-II, p. 427-425, NJCM 1996, p. 584-589 (Leutscher)	199, 200
EHRM 17-12-1996, RJD 1996-VI, p. 2044-2104, NJ 1997, 699 (Saunders)	385, 402
EHRM 29-08-1997, RJD 1997-V, p. 1477-1508 (A.P., M.P. & T.P.)	212-214
EHRM 29-08-1997, RJD 1997-V, p. 1509-1533, BNB 1998, 61 (E.L., R.L. & J.O.-L.)	212-214
EHRM 24-09-1997, RJD 1997-V, p. 1821-1841, JB 1997, 281 (Garyfallou)	135
EHRM 20-10-1997, RJD 1997-VI, p. 2159-2187, NJ 1998, 758 (Serves)	402
EHRM 23-09-1998, RJD 1998-VIII, p. 2922-2950 (Malige)	136
EHRM 28-10-1999, nr. 26780/95, NJCM-bulletin 2000, p. 968-976 (Escoubet)	135
EHRM 18-01-2000, nr. 49226/99, NJB 2000, p. 596, nr. 9 (De Arriz Porras)	384, 386
EHRM 25-01-2000, nr. 32602/96 (Gebroeders Van Leeuwen)	198, 199
EHRM 21-03-2000, nr. 28389/95, NJB 2000, p. 1110, nr. 21 (Rushiti)	198, 202-204
EHRM 06-06-2000, nr. 36408/97, NJB 2000, p. 1631, nr. 33 (Averill)	387
ECRM 07-07-1977, D&R 8 (1977), p. 42-50 (Airey)	547
ECRM 18-03-1981, D&R 25 (1982), p. 15-59 (McVeigh e.a.)	547
ECRM 08-05-1987, Series A vol. 148 (Ciulla)	547
ECRM 16-10-1996, nr. 22613/93 (Moody)	202

ECRM 16-10-1996, nr. 22614/93 (Lochrie)	202
ECRM 09-04-1997, RJD 1998-VII, p. 2752-2773 (Steel e.a.)	389
ECRM 11-09-1997, nr. 32344/96 (Elton)	390
ECRM 03-12-1997, NJCM-bulletin 1998, p. 194-200 (Zegwaard)	194
ECRM 01-07-1998, nr. 34973/97 (Hammerstein)	202
ECRM 09-09-1998, NJCM-bulletin 1999, p. 675-679 (Zegwaard)	194, 201
ECRM 26-01-1999, nr. 38087/79 (Hibbert)	202

Nederland

HR 25-05-1928, NJ 1928, p. 1688	231, 232
HR 28-10-1929, NJ 1930, p. 310	147
HR 17-06-1932, NJ 1932, p. 1464	231, 232
HR 15-03-1944, B. 7819	289
HR 15-02-1949, NJ 1949, 305	173
HR 05-04-1950, B. 8808	289
HR 20-06-1951, B. 9055	289
HR 20-06-1951, B. 9057	289
HR 01-10-1952, B. 9254	289
HR 29-12-1954, BNB 1955, 52	289
HR 17-01-1958, NJ 1961, 568	305
HR 31-12-1958, BNB 1959, 67	289
HR 17-12-1963, NJ 1964, 385	173
HR 16-11-1965, NJ 1966, 209	325, 331
HR 20-06-1967, NJ 1968, 49	343, 378
HR 19-12-1967, NJ 1970, 82	142
HR 12-01-1971, NJ 1971, 293	343, 378
HR 19-03-1974, NJ 1974, 245	195
HR 04-06-1974, NJ 1974, 395	147
HR 03-12-1974, NJ 1975, 192	378
HR 10-06-1975, NJ 1975, 465	343, 378
HR 27-10-1976, BNB 1977, 4	289
HR 23-12-1976, NJ 1999, 618	555
HR 12-09-1978, NJ 1979, 60	296
HR 18-09-1978, NJ 1978, 658	98
HR 10-10-1978, NJ 1979, 53	173
HR 30-01-1979, NJ 1979, 255	378
HR 13-02-1979, NJ 1979, 243	161, 175
HR 13-03-1979, NJ 1979, 269	161
HR 27-03-1979, NJ 1979, 431	161
HR 25-11-1980, NJ 1981, 127	343, 378
HR 25-11-1980, NJ 1981, 170	195
HR 23-12-1980, NJ 1981, 208	98
HR 17-11-1981, NJ 1983, 84	195
HR 09-03-1982, NJ 1983, 703	173
HR 15-06-1982, NJ 1983, 216	161
HR 09-03-1983, BNB 1983, 202	289
HR 10-04-1984, NJ 1984, 612	5
HR 11-04-1984, NJ 1984, 111	6
HR 01-05-1984, NJ 1984, 755	6
HR 09-10-1984, NJ 1985, 176	402
HR 09-10-1984, NJ 1985, 251	173
HR 23-10-1984, NJ 1985, 233	351

HR 05-02-1985, NJ 1985, 473	343, 378
HR 28-06-1985, NJ 1986, 356	232
HR 11-02-1986, NJ 1986, 554	426
HR 25-11-1986, NJ 1987, 493	524
HR 07-04-1987, NJ 1987, 587	512
HR 23-06-1987, DD 87.491	578
HR 05-01-1988, NJ 1988, 761	195
HR 06-01-1988, FED 1988, 254	289
HR 22-03-1988, NJ 1988, 848	386
HR 12-04-1988, NJ 1989, 164	195
HR 21-06-1988, NJ 1989, 143	6
HR 19-09-1988, NJ 1989, 378	142
HR 22-11-1988, NJ 1989, 681	6
HR 28-02-1989, NJ 1989, 658	6
HR 28-02-1989, NJ 1989, 687	386
HR 28-02-1989, NJ 1989, 748	378
HR 14-03-1989, NJ 1989, 747	340
HR 25-04-1989, NJ 1989, 881	161
HR 02-05-1989, NJ 1989, 691	270
HR 16-05-1989, NJ 1990, 82	327, 340
HR 23-06-1989, NJ 1990, 441	232
HR 20-01-1990, NJ 1990, 445	343, 378
HR 20-02-1990, DD 90.23	98
HR 16-03-1990, NJ 1990, 500	550
HR 01-02-1991, NJ 1991, 413	467
HR 12-03-1991, NJ 1991, 543	173
HR 22-03-1991, NJ 1991, 420	232
HR 21-05-1991, NJ 1991, 728	166
HR 21-05-1991, NJ 1991, 731	327, 340
HR 28-06-1991, NJ 1991, 746	241
HR 19-11-1991, NJ 1992, 124	6
HR 24-06-1992, FED 1992, 582	289
HR 24-06-1992, BNB 1993, 19, FED 1992, 583	289
HR 08-07-1992, NJ 1993, 12	230-233, 270, 300, 310
HR 16-02-1993, NJ 1994, 32	6
HR 29-09-1993, FED 1994, 45	429
HR 19-10-1993, NJ 1994, 179	327
HR 19-11-1993, DD 94.120	311
HR 24-12-1993, NJ 1995, 421	116, 121
HR 18-03-1994, NJ 1994, 407	371
HR 01-11-1994, NJ 1995, 200	378
HR 29-11-1994, NJ 1995, 292	6
HR 13-01-1995, NJ 1997, 175	371
HR 28-03-1995, NJ 1995, 484	343, 378
HR 06-06-1995, NJ 1995, 645	527
HR 12-09-1995, JOW 1996, 11	465
HR 12-09-1995, JOW 1996, 13	465
HR 03-10-1995, NJ 1996, 94, JOW 1996, 9	465, 546
HR 28-11-1995, NJ 1996, 383, JOW 1996, 125	167
HR 05-12-1995, NJ 1996, 411, JOW 1996, 171	135, 167, 325, 397, 402, 465, 524
HR 09-01-1996, JOW 1996, 127	235
HR 09-01-1996, NJ 1998, 591, JOW 1996, 128	235
HR 09-01-1996, JOW 1996, 129	235

HR 09-01-1996, NJ 1996, 305, JOW 1996, 145	303, 465, 515
HR 23-01-1996, NJ 1998, 627	494
HR 19-03-1996, NJ 1997, 60	123
HR 19-03-1996, NJ 1996, 540	386, 420
HR 19-03-1996, JOW 1996, 166	324
HR 16-04-1996, NJ 1998, 631, JOW 1996, 168	114, 317, 466, 469, 473, 497
HR 07-05-1996, NJ 1997, 404, JOW 1996, 173	466, 469
HR 18-06-1996, NJ 1996, 375, JOW 1996, 176	525
HR 08-10-1996, NJ 1997, 92	98
HR 15-11-1996, NJ 1998, 314	241
HR 16-11-1996, JOW 1998, 117	167
HR 19-11-1996, NJ 1997, 168, JOW 1997, 27	167, 469
HR 26-11-1996, nr. 103.441 P	469
HR 21-01-1997, NJ 1997, 388	378
HR 04-02-1997, JOW 1997, 85	469
HR 18-03-1997, nr. 104.509 P	469
HR 25-03-1997, JOW 1997, 92	336
HR 25-03-1997, nr. 104.196 P	331
HR 02-04-1997, NJ 1997, 322	325
HR 29-04-1997, JOW 1997, 113	193
HR 06-05-1997, NJ 1997, 655	142
HR 03-06-1997, NJ 1997, 584	420
HR 03-06-1997, NJ 1997, 657	378
HR 10-06-1997, NJ 1998, 54	443
HR 17-06-1997, DD 97.303	206
HR 24-06-1997, JOW 1998, 68	525
HR 01-07-1997, NJ 1998, 242, JOW 1998, 1	215, 218, 246, 254, 258-260, 264 267, 268, 297, 327, 493
HR 09-09-1997, JOW 1998, 12	303, 469
HR 09-09-1997, NJ 1998, 90, JOW 1998, 2	143, 328, 440, 441, 443, 447, 449
HR 09-09-1997, NJ 1998, 91, JOW 1998, 89	441, 447, 449, 455
HR 30-09-1997, NJ 1998, 104	402
HR 30-09-1997, JOW 1998, 67	462, 471, 524
HR 07-10-1997, JOW 1998, 66	328
HR 21-10-1997, NJ 1998, 173	402
HR 02-12-1997, NJ 1998, 290, JOW 1998, 65	528, 529
HR 02-12-1997, nr. 106.367 P	260
HR 06-01-1998, JOW 1998, 48	260, 267, 340
HR 10-02-1998, NJ 1998, 446, JOW 1998, 52	443, 444
HR 17-02-1998, NJ 1998, 499, JOW 1999, 37	290, 311, 443
HR 03-03-1998, JOW 1998, 53	311
HR 31-03-1998, NJ 1998, 575	235, 545
HR 07-04-1998, nr. 107.320 P	469
HR 14-04-1998, NJ 1999, 75, JOW 1998, 56	193, 578
HR 12-05-1998, JOW 1998, 55	525
HR 12-05-1998, JOW 1998, 58	497
HR 19-05-1998, JOW 1998, 49, JOW 1999, 34	123, 273, 281
HR 19-05-1998, JOW 1998, 50	273, 281
HR 19-05-1998, JOW 1998, 51	237, 340
HR 06-07-1998, NJ 1999, 668, JOW 1999, 63	469
HR 08-07-1998, NJ 1998, 841, JOW 1998, 54	273, 376, 318
HR 08-07-1998, BNB 1998, 326	431
HR 23-09-1998, JOW 1999, 36	290

HR 06-10-1998, NJ 1998, 880, JOW 1999, 1	547
HR 06-10-1998, NJ 1998, 914, JOW 1999, 14	143, 327, 328
HR 06-10-1998, NJ 1999, 25	142
HR 06-10-1998, NJ 1999, 308	457
HR 27-10-1998, JOW 1999, 4	276, 525
HR 03-11-1998, nr. 109.289	380
HR 10-11-1998, NJ 1999, 137, JOW 1999, 6	230, 468
HR 10-11-1998, nr. 108.183 P	468
HR 10-11-1998, nr. 108.249 P	340
HR 01-12-1998, NJ 1999, 273	378
HR 01-12-1998, NJ 1999, 310	525
HR 26-01-1999, NJ 1999, 537	378
HR 02-02-1999, NJ 1999, 313, JOW 1999, 23	524
HR 23-02-1999, NJ 1999, 345	512
HR 23-03-1999, NJ 1999, 403	443
HR 06-04-1999, NJ 1999, 565	467
HR 13-04-1999, NJ 1999, 483, JOW 1999, 49	179, 571
HR 20-04-1999, NJ 1999, 472	184
HR 18-05-1999, NJ 2000, 104	378
HR 18-05-1999, NJ 2000, 105	98, 457
HR 25-05-1999, JOW 1999, 43	143, 180, 311, 327
HR 28-05-1999, NJ 1999, 510	483
HR 01-06-1999, NJ 1999, 567	467
HR 08-06-1999, NJ 1999, 589	180
HR 15-06-1999, NJ 1999, 591	237, 311
HR 15-06-1999, NJB 1999, p. 1331-1332, nr. 104	311
HR 15-06-1999, nr. 110.690 P	340, 525
HR 22-06-1999, NJ 1999, 648	402
HR 29-06-1999, NJ 1999, 620, JOW 1999, 54	311, 524, 526
HR 14-09-1999, NJ 2000, 23	426
HR 14-09-1999, NJ 2000, 52	124
HR 14-09-1999, NJ 2000, 55, JOW 1999, 61, JOW 2000, 23	153, 155, 179, 184, 186, 189, 190, 339, 345, 514, 571
HR 21-09-1999, NJ 1999, 801	443
HR 21-09-1999, NJ 2000, 161	153
HR 22-09-1999, nr. 108.138 P	514
HR 26-10-1999, NJ 2000, 56	167, 179, 183, 348, 391, 570, 571
HR 16-11-1999, nr. 111.455 P	451
HR 23-11-1999, NJ 2000, 91, JOW 2000, 2	512
HR 23-11-1999, NJ 2000, 92	512
HR 23-11-1999, JOW 2000, 3, NJB 2000, p. 233-234, nr. 93	179, 184, 571
HR 23-11-1999, nr. 111.526 P	330
HR 23-11-1999, nr. 111.841 P	466
HR 30-11-1999, nr. 111.793 P	316
HR 04-01-2000, JOW 2000, 1	340
HR 22-02-2000, nr. 112.617 P	328
HR 22-02-2000, nr. 112.618 P	328
HR 07-03-2000, NJ 2000, 363	453
HR 07-03-2000, NJB 2000, p. 858-859, nr. 57	512
HR 11-04-2000, NJ 2000, 590	438, 440-442, 452, 512, 513, 561, 576
HR 18-04-2000, NJ 2000, 413	443
HR 12-05-2000, NJ 2000, 567	502
HR 20-05-2000, NJ 2000, 512	530

HR 20-06-2000, NJ 2000, 634	467, 483
HR 04-07-2000, NJ 2000, 558	512
HR 19-09-2000, NJB 2000, p. 1844, nr. 125	443
HR 03-10-2000, NJ 2000, 721	512
HR 24-10-2000, nr. 00830/99 J (JOL 2000, 517)	512
HR 05-12-2000, NJ 2001, 100	469, 512
HR 19-12-2000, nr. 2013/00 P	273
HR 09-01-2001, NJB 2001, p. 272-273, nr. 25	512, 513, 525
Hof Amsterdam 17-01-1995, JOW 1997, 39	272
Hof Amsterdam 06-03-1996, NJ 1996, 384	463
Hof Amsterdam 21-01-1999, NJ 1999, 488, JOW 2000, 26	461, 468, 469, 547, 551
Hof Amsterdam 08-09-1999, JOW 2000, 22	512
Hof Arnhem 21-12-1975, NJ 1976, 385	147
Hof Arnhem 06-10-1994, JOW 1997, 50	272
Hof Arnhem 08-02-1995, JOW 1996, 5	290
Hof Arnhem 15-05-1996, JOW 1996, 181	258
Hof Arnhem 21-06-1996, JOW 1996, 187	512
Hof Arnhem 25-06-1996, JOW 1996, 186	463
Hof Arnhem 03-10-1996, JOW 1997, 55	236, 272
Hof Arnhem 24-04-1997, JOW 1997, 109	174
Hof Arnhem 27-01-1999, JOW 2000, 4	461
Hof Den Bosch 15-02-1974, BNB 1974, 303	289
Hof Den Bosch 05-12-1986, FED 1988, 253	289
Hof Den Bosch 15-10-1991, NJ 1992, 558	98
Hof Den Bosch 20-10-1994, te kennen uit HR 09-01-1996, NJ 1996, 305, JOW 1996, 145	515
Hof Den Bosch 15-02-1995, JOW 1996, 2	272
Hof Den Bosch 15-09-1995, JOW 1996, 3	463
Hof Den Bosch 26-04-1996, JOW 1996, 159	455
Hof Den Bosch 09-05-1996, JOW 1996, 157	258, 259
Hof Den Bosch 23-05-1996, JOW 1998, 95	285, 469
Hof Den Bosch 19-06-1996, JOW 1997, 6	272
Hof Den Bosch 18-07-1996, JOW 1997, 26	303
Hof Den Bosch 03-09-1996, JOW 1997, 114	463, 473
Hof Den Bosch 29-10-1996, JOW 1997, 19, JOW 1997, 93	335, 337, 339
Hof Den Bosch 28-01-1997, JOW 1998, 88	500
Hof Den Bosch 17-06-1997, JOW 1998, 76	303, 469
Hof Den Bosch 07-08-1997, JOW 1998, 81	303
Hof Den Bosch 18-11-1997, JOW 1998, 116	299, 515
Hof Den Bosch 18-03-1998, JOW 1998, 103	461
Hof Den Bosch 23-07-1998, JOW 1999, 13	303
Hof Den Bosch 07-10-1998, JOW 1998, 86	258, 329, 469
Hof Den Bosch 20-11-1998, te kennen uit HR 30-11-1999, nr. 111.793 P	316
Hof Den Bosch 29-12-1998, te kennen uit HR 07-03-2000, nr. 112.746 P	316
Hof Den Bosch 29-12-1998, te kennen uit HR 22-02-2000, nr. 112.766 P	316
Hof Den Bosch 27-07-1999, nr. 20.002393.98 O.W.V.	194
Hof Den Haag 15-10-1989, FED 1989, 762	289
Hof Den Haag 28-11-1994, JOW 1996, 1	272
Hof Den Haag 24-03-1995, JOW 1996, 101	272, 317
Hof Den Haag 06-03-1996, te kennen uit HR 04-02-1997, JOW 1997, 85	444

Hof Den Haag 06-03-1998, JOW 1998, 373	529
Hof Den Haag 21-05-1999, JOW 1999, 58	512
Hof Leeuwarden 10-08-1995, JOW 1996, 76	272, 461
Hof Leeuwarden 01-11-1995, JOW 1996, 14	463, 515
Hof Leeuwarden 19-02-1996, JOW 1996, 119	515
Hof Leeuwarden 06-06-1996, JOW 1997, 22	339
Hof Leeuwarden 26-06-1996, JOW 1997, 1	272, 341, 525
Hof Leeuwarden 18-07-1996, JOW 1997, 9	258
Hof Leeuwarden 06-01-1997, JOW 1997, 107	461, 515
Hof Leeuwarden 17-01-1997, JOW 1997, 106	258, 495, 515, 529
Hof Leeuwarden 17-02-1997, NJ 1997, 282	258
Hof Leeuwarden 20-02-1997, JOW 1997, 104	463
Hof Leeuwarden 07-04-1997, JOW 1997, 118	258
Hof Leeuwarden 16-12-1999, JOW 2000, 7	512
Rb. Alkmaar 21-02-1996, JOW 1996, 162	515
Rb. Alkmaar 21-02-1996, JOW 1996, 164	448, 461
Rb. Alkmaar 30-01-1997, JOW 1997, 88	444
Rb. Almelo 07-12-1995, JOW 1996, 84	237, 238, 310
Rb. Almelo 17-09-1996, JOW 1997, 14	174
Rb. Almelo 30-09-1996, JOW 1997, 11	329, 351
Rb. Almelo 30-09-1996, JOW 1997, 13	461
Rb. Almelo 04-11-1996, JOW 1997, 5	462
Rb. Almelo 04-11-1996, JOW 1997, 7	236
Rb. Almelo 02-12-1996, JOW 1997, 16	179
Rb. Almelo 14-12-1996, JOW 1996, 174	258
Rb. Almelo 06-01-1997, JOW 1997, 102	254, 463
Rb. Almelo 03-03-1997, JOW 1997, 123	462
Rb. Almelo 07-04-1997, JOW 1997, 79	462, 473
Rb. Almelo 02-06-1997, JOW 1998, 45	258, 534
Rb. Amsterdam 16-02-1995, JOW 1997, 34	461
Rb. Amsterdam 18-05-1995, JOW 1996, 27	461
Rb. Amsterdam 04-10-1995, JOW 1996, 69	444
Rb. Amsterdam 29-11-1995, JOW 1996, 133	174
Rb. Amsterdam 13-12-1995, JOW 1996, 134	461
Rb. Amsterdam 21-12-1995, JOW 1996, 137	142
Rb. Amsterdam 21-02-1996, JOW 1996, 184, JOW 1997, 90	514
Rb. Amsterdam 21-02-1996, JOW 1996, 185	179, 182, 237
Rb. Amsterdam 25-10-1999, JOW 2000, 15	529
Rb. Amsterdam 17-02-2000, parketnr. 13/017058-93 (ELRO AA4869)	420
Rb. Amsterdam 16-03-2000, V-N 2000, 15.28	557
Rb. Arnhem 18-04-1994, NJ 1995, 35, JOW 1996, 40, JOW 1996, 88	461
Rb. Arnhem 03-03-1995, JOW 1996, 87	258
Rb. Arnhem 24-05-1995, NJ 1996, 63, JOW 1996, 29	462, 464, 524
Rb. Arnhem 20-06-1995, JOW 1996, 15	461
Rb. Arnhem 27-06-1995, JOW 1996, 67	534
Rb. Arnhem 21-09-1995, JOW 1996, 94	258
Rb. Arnhem 08-10-1996, JOW 1997, 24	461

Rb. Assen 24-05-1995, JOW 1996, 98	455
Rb. Assen 07-06-1995, JOW 1996, 105, JOW 1997, 43	339
Rb. Breda 02-08-1994, JOW 1996, 82	461
Rb. Breda 06-03-1995, JOW 1997, 97	258, 259
Rb. Breda 30-11-1995, JOW 1996, 107	340
Rb. Breda 28-12-1995, JOW 1998, 64	237
Rb. Breda 01-04-1996, JOW 1997, 99	272
Rb. Breda 22-04-1996, JOW 1997, 51	258
Rb. Breda 02-05-1996, JOW 1997, 78	461
Rb. Breda 07-05-1996, JOW 1997, 52	461
Rb. Breda 28-05-1996, JOW 1997, 54	341
Rb. Breda 20-09-1996, JOW 1997, 53	461
Rb. Breda 30-09-1996, JOW 1997, 95	329, 341, 352
Rb. Breda 14-10-1996, JOW 1997, 77	258, 514
Rb. Breda 18-11-1996, JOW 1997, 81	272, 285
Rb. Breda 11-02-1997, JOW 1997, 87	258
Rb. Breda 16-05-1997, JOW 1998, 62	500
Rb. Breda 25-08-1997, JOW 1998, 61	272, 281
Rb. Breda 24-03-1998, JOW 1998, 102	255, 339
Rb. Breda 22-04-1999, JOW 1999, 68	337
Rb. Den Bosch 02-01-1990, M & R 1990, 66	301
Rb. Den Bosch 01-06-1994, NJ 1994, 532, JOW 1996, 89	463
Rb. Den Bosch 08-11-1994, JOW 1996, 80	362, 363
Rb. Den Bosch 07-03-1995, NJ 1995, 741, JOW 1996, 66	258, 272
Rb. Den Bosch 12-06-1995, JOW 1996, 30	272
Rb. Den Bosch 23-11-1995, JOW 1996, 135	461
Rb. Den Bosch 14-12-1995, JOW 1996, 132	463
Rb. Den Bosch 22-02-1996, JOW 1996, 16	463
Rb. Den Bosch 22-02-1996, JOW 1996, 154	258, 329
Rb. Den Bosch 13-03-1996, JOW 1997, 48	461
Rb. Den Bosch 02-05-1996, JOW 1997, 8	238
Rb. Den Bosch 02-05-1996, JOW 1997, 10	301
Rb. Den Bosch 23-07-1996, JOW 1998, 33	474
Rb. Den Bosch 21-11-1996, JOW 1998, 32	272, 281, 461
Rb. Den Bosch 21-11-1996, JOW 1998, 40	445
Rb. Den Bosch 16-12-1996, JOW 1997, 28	329
Rb. Den Bosch 16-12-1996, JOW 1998, 30	461
Rb. Den Bosch 14-04-1997, JOW 1998, 38	461
Rb. Den Bosch 17-04-1997, JOW 1998, 44	303
Rb. Den Bosch 24-04-1997, JOW 1998, 73	237
Rb. Den Bosch 12-06-1997, JOW 1998, 16	237
Rb. Den Bosch 12-06-1997, JOW 1998, 23	174
Rb. Den Bosch 17-10-1997, JOW 1999, 10	303
Rb. Den Bosch 03-11-1997, JOW 1998, 75	494
Rb. Den Bosch 23-12-1997, JOW 1998, 114	445, 495
Rb. Den Bosch 09-01-1998, JOW 1999, 19	492
Rb. Den Bosch 25-02-1998, JOW 1999, 12	272, 287
Rb. Den Bosch 18-05-1998, JOW 1999, 31	495
Rb. Den Bosch 21-12-1998, JOW 1999, 41	339, 341, 457

Rb. Den Haag 24-11-1993, V-N 1993, 3924	557
Rb. Den Haag 16-12-1994, JOW 1996, 85	272, 514
Rb. Den Haag 18-01-1995, JOW 1996, 81	272, 400
Rb. Den Haag 13-02-1996, JOW 1997, 32	461
Rb. Den Haag 18-04-1996, JOW 1997, 64	329
Rb. Den Haag 14-05-1996, JOW 1997, 60	238
Rb. Den Haag 17-07-1997, JOW 1998, 94	272
Rb. Den Haag 05-08-1997, JOW 1998, 93	496
Rb. Den Haag 06-10-1997, JOW 1998, 106	461
Rb. Den Haag 13-10-1997, JOW 1998, 99	318
Rb. Dordrecht 06-03-1995, JOW 1996, 23	461
Rb. Dordrecht 09-11-1995, JOW 1996, 72	447
Rb. Dordrecht 21-12-1995, JOW 1997, 96	237, 462
Rb. Dordrecht 16-01-1997, JOW 1997, 76	272, 339, 461
Rb. Dordrecht 15-05-1997, JOW 1997, 111	258
Rb. Groningen 18-11-1993, JOW 1996, 93	237, 272, 514
Rb. Groningen 09-08-1995, JOW 1996, 109	237
Rb. Groningen 12-10-1995, JOW 1996, 114	267
Rb. Groningen 07-12-1995, JOW 1996, 108	237, 461
Rb. Groningen 12-03-1996, JOW 1996, 148	495, 515
Rb. Groningen 08-08-1996, JOW 1997, 66	272
Rb. Groningen 12-12-1996, JOW 1997, 62	463
Rb. Groningen 23-07-1998, JOW 1999, 28	238
Rb. Haarlem 04-03-1996, JOW 1996, 150	461
Rb. Haarlem 28-03-1996, JOW 1997, 59	285
Rb. Haarlem 27-06-1996, JOW 1997, 65	463
Rb. Haarlem 06-07-1996, JOW 1997, 68	463
Rb. Haarlem 29-01-1998, JOW 1999, 27	362, 363
Rb. Leeuwarden 27-07-1995, te kennen uit Hof Leeuwarden 01-11-1995, JOW 1996, 14	515
Rb. Leeuwarden 10-08-1995, te kennen uit Hof Leeuwarden 19-02-1996, JOW 1996, 119	515
Rb. Leeuwarden 17-11-1995, NJ 1996, 494, JOW 1996, 112	258
Rb. Leeuwarden 08-02-1996, JOW 1996, 118	258
Rb. Leeuwarden 13-02-1996, NJ 1996, 495, JOW 1996, 120	462
Rb. Leeuwarden 22-02-1996, JOW 1996, 147	514
Rb. Leeuwarden 24-10-1996, JOW 1997, 20	448
Rb. Leeuwarden 19-11-1996, JOW 1997, 58	272
Rb. Leeuwarden 20-11-1996, JOW 1997, 69	463, 495, 529
Rb. Leeuwarden 03-06-1997, JOW 1998, 19	444, 447
Rb. Leeuwarden 17-06-1997, JOW 1998, 21	462
Rb. Leeuwarden 28-08-1997, JOW 1998, 17	512
Rb. Leeuwarden 18-09-1997, JOW 1998, 72	462, 514
Rb. Leeuwarden 31-10-1997, JOW 1998, 22	290
Rb. Leeuwarden 06-11-1997, JOW 1998, 13	512
Rb. Leeuwarden 20-11-1997, JOW 1998, 11	301
Rb. Leeuwarden 30-12-1997, JOW 1998, 110	341
Rb. Leeuwarden 29-01-1998, JOW 1999, 17	272
Rb. Leeuwarden 17-02-1998, JOW 1999, 11	462
Rb. Leeuwarden 20-03-1998, JOW 1999, 26	272
Rb. Leeuwarden 21-04-1998, JOW 1999, 24	495

Rb. Leeuwarden 28-04-1998, JOW 1999, 25	339
Rb. Leeuwarden 07-05-1998, JOW 1999, 22	272
Rb. Leeuwarden 19-05-1998, JOW 1999, 30	512
Rb. Leeuwarden 22-06-1999, JOW 2000, 10	491
Rb. Maastricht 26-06-1989, M & R 1990, 52	301
Rb. Maastricht 15-02-1995, JOW 1996, 78	272
Rb. Maastricht 05-07-1995, JOW 1997, 46	258
Rb. Maastricht 18-07-1995, JOW 1996, 25, JOW 1997, 37	272
Rb. Maastricht 29-09-1995, JOW 1996, 97	272
Rb. Maastricht 04-10-1995, JOW 1996, 16	237
Rb. Middelburg 26-10-1995, JOW 1996, 111	272
Rb. Middelburg 26-10-1995, JOW 1996, 113	272, 284, 285
Rb. Middelburg 01-02-1996, JOW 1996, 155	272, 463
Rb. Middelburg 20-03-1997, JOW 1998, 26	463
Rb. Middelburg 29-05-1997, JOW 1998, 43	237
Rb. Middelburg 02-10-1997, JOW 1998, 14	463
Rb. Middelburg 16-10-1997, JOW 1998, 73	463, 492
Rb. Middelburg 16-10-1997, JOW 1998, 98	272
Rb. Middelburg 23-10-1997, JOW 1998, 100	272, 299, 492
Rb. Middelburg 15-07-1998, JOW 1999, 9	155, 179, 318, 362
Rb. Middelburg 11-08-1999, JOW 1999, 59	272, 281, 329, 352
Rb. Rotterdam 01-04-1996, JOW 1996, 183	463
Rb. Rotterdam 22-04-1996, JOW 1997, 91	174
Rb. Rotterdam 23-08-1996, JOW 1997, 86	525
Rb. Rotterdam 12-09-1996, JOW 1997, 18	463
Rb. Rotterdam 20-09-1996, JOW 1997, 15	525
Rb. Rotterdam 28-01-1997, JOW 1998, 97	341
Rb. Rotterdam 18-04-1997, JOW 1998, 10	258, 463, 473
Rb. Rotterdam 29-04-1997, JOW 1998, 85	272, 318
Rb. Rotterdam 12-05-1997, JOW 1998, 71	299
Rb. Rotterdam 07-06-1997, JOW 1998, 70	529
Rb. Rotterdam 30-06-1997, JOW 1998, 69	494
Rb. Rotterdam 01-09-1997, JOW 1998, 96	285
Rb. Rotterdam 19-09-1997, JOW 1998, 87	258
Rb. Rotterdam 06-10-1997, JOW 1998, 63	237
Rb. Rotterdam 20-11-1997, JOW 1998, 5	285
Rb. Rotterdam 11-03-1999, V-N 1999, 17.28	557
Rb. Utrecht 16-06-1995, JOW 1996, 106, JOW 1997, 40	339
Rb. Utrecht 16-06-1995, JOW 1997, 42	237
Rb. Utrecht 05-10-1995, JOW 1996, 77	285
Rb. Utrecht 08-12-1995, JOW 1996, 136	463
Rb. Utrecht 13-02-1996, JOW 1997, 41	448
Rb. Utrecht 19-03-1996, JOW 1996, 152	463
Rb. Utrecht 09-07-1996, JOW 1998, 27	495
Rb. Utrecht 16-07-1996, JOW 1998, 29	318, 469
Rb. Utrecht 16-07-1996, JOW 1998, 36	469
Rb. Utrecht 29-04-1997, JOW 1998, 7	272
Rb. Utrecht 29-04-1997, JOW 1998, 34	272, 318

Rb. Utrecht 29-04-1997, JOW 1998, 74	272, 461
Rb. Utrecht 16-05-1997, JOW 1998, 82	258
Rb. Zutphen 22-11-1995, JOW 1996, 86	238
Rb. Zutphen 13-02-1996, JOW 1996, 117	339
Rb. Zutphen 27-02-1996, JOW 1996, 121	463
Rb. Zutphen 27-02-1996, JOW 1996, 122	238
Rb. Zutphen 13-03-1996, JOW 1996, 160	285
Rb. Zutphen 25-06-1997, JOW 1998, 20	290
Rb. Zutphen 07-07-1999, JOW 2000, 8	236
Rb. Zutphen 21-09-1999, JOW 2000, 9	317
Rb. Zwolle 04-11-1993, JOW 1996, 26	455, 463
Rb. Zwolle 06-04-1995, te kennen uit HR 12-11-1996, JOW 1997, 17	337
Rb. Zwolle 06-04-1995, JOW 1996, 103	463
Rb. Zwolle 06-03-1996, JOW 1997, 83	238
Rb. Zwolle 14-05-1996, JOW 1997, 98	463
Rb. Zwolle 04-02-1997, JOW 1997, 72	174
Rb. Zwolle 23-10-1997, JOW 1998, 4	452
Pres. Rb. Amsterdam 13-07-2000, V-N 2000, 33.33	557
Pres. Rb. Amsterdam 06-09-2000, V-N 2000, 43.20	557
Pres. Rb. Den Haag 11-03-1994, V-N 1994, 1005	557
Pres. Rb. Den Haag 25-01-1995, V-N 1995, 772	557
Pres. Rb. Den Haag 16-02-1999, KG 99/71	550
Pres. Rb. Den Haag 15-10-1999, KG 1999, 292	502, 533
Pres. Rb. Den Haag 19-01-2000, JOW 2000, 6	550
Pres. Rb. Den Haag 07-07-2000, KG 00/809	550
Centrale Raad voor de Strafrechtstoepassing 24-11-1997, nr. B 97/133	526
CRvB 15-10-1999, Rawb 2000, 95	444

Duitsland

BVerfG 26-03-1987, BVerfGE 74, 358	406
BVerfG 29-05-1990, BVerfGE 82, 106	406
BGH 28-03-1979, BGHSt 28, 369, NJW 1979, p. 1942	278, 285
BGH 20-02-1981, BGHSt 30, 46, NJW 1981, p. 1457-1458	278, 455
BGH 26-06-1981, StV 1981, p. 627	278
BGH 18-12-1981, BGHSt 30, 314, NJW 1982, p. 774	278, 478
BGH 04-11-1982, BGHSt 31, 145, NJW 1983, p. 636-637	235
BGH 24-08-1983, NStZ 1984, p. 27-28	278
BGH 21-09-1983, wistra 1983, p. 256	278
BGH 12-09-1984, BGHSt 33, 37, NJW 1985, p. 752-753	478
BGH 19-11-1985, NStZ 1986, p. 165	455
BGH 17-01-1986, NJW 1986, p. 1624-1625, wistra 1986, p. 100	232, 278
BGH 14-07-1988, BGHR StGB § 73, Gewinn I	318
BGH 03-08-1988, NStZ 1988, p. 496-497	278
BGH 19-04-1989, NStZ 1989, p. 456	477
BGH 20-04-1989, NStZ 1989, p. 361	341

BGH 24-04-1989, NStZ 1989, p. 361, wistra 1989, p. 223	240
BGH 18-08-1989, BGHR StGB § 73, Vorteil 2	318
BGH 14-09-1989, BGHSt 36, 251, NStZ 1989, p. 572-573	235, 278
BGH 14-03-1990, BGHR StGB § 73c, Härte 2	478
BGH 09-07-1991, BGHSt 38, 23, NJW 1991, p. 2714-2715	478
BGH 09-07-1991, NStZ 1991, p. 529	303, 478
BGH 12-11-1991, BGHR StGB § 73, Vorteil 4	314
BGH 27-08-1993, wistra 1993, p. 336	455
BGH 19-11-1993, NStZ 1994, p. 123-124, StV 1994, p. 126-127	278
BGH 17-08-1994, BGHR StGB § 73c, Härte 3	478
BGH 22-11-1994, NJW 1995, p. 470, NStZ 1995, p. 125	409
BGH 13-12-1994, StV 1995, p. 301	455
BGH 01-03-1995, NJW 1995, p. 2235-2236, NStZ 1995, p. 491-492	112, 278, 283, 477
BGH 11-04-1995, NStZ 1995, p. 495	477, 478
BGH 22-08-1995, StV 1995, p. 635	477
BGH 12-03-1996, NStZ 1996, p. 332	314
BGH 17-04-1996, NStZ 1996, p. 539-540	278
BGH 10-02-1998, NStZ-RR 1998, p. 297	409
BGH 10-06-1999, NStZ-RR 2000, p. 57-58	240
BGH 05-04-2000, NStZ 2000, p. 480-481, wistra 2000, p. 298	278, 478
BGH 12-07-2000, NStZ 2000, p. 589-590	478
BayObLG 24-04-1995, wistra 1995, p. 360-362	232, 478
BayObLG 19-06-1997, wistra 1997, p. 317-318	278
BayObLG 02-01-1998, NJW 1998, p. 2461-2462	309
BayObLG 27-04-2000, wistra 2000, p. 395-397	278
OLG Celle 16-05-1997, NStZ 1997, p. 554-556	278
OLG Düsseldorf 03-08-1994, wistra 1995, p. 75-76	301
OLG Düsseldorf 08-03-2000, wistra 2000, p. 315	409
OLG Frankfurt 23-05-1986, wistra 1988, p. 155-156	287
OLG Hamburg 03-03-1971, NJW 1971, p. 1000-1003	232, 278
OLG Hamm 24-10-1996, wistra 1997, p. 108	455
OLG Koblenz 28-09-1983, GewArch 1984, p. 31-32	278
OLG Karlsruhe 30-12-1974, NJW 1975, p. 793-794, JR 1976, p. 121-124	254, 278
LG Saarbrücken 19-12-1985, NStZ 1986, p. 267	478
AG Gummersbach 06-07-1988, NStZ 1988, p. 460	302

Trefwoordenregister

(er wordt verwezen naar de tekstnummers)

afdoening ad informandum	344
afroomboete	98, 561
ambtshalve onderzoeksplicht	400
Bazel-comité	23
bedreigingen van misdaadgeld	29
bedrijfseconomie	245
benadeelden, vorderingen van –	435-455
beslissingsmodel	37-49
besparing van kosten	298-302
betrokkene	12
bewijslast	17, 371, 372, 377, 378, 387, 399, 414
bewijslastverdeling	
in het civiele recht	370-374
in het fiscale recht	428-432
in het licht van art. 6 lid 2 EVRM	383-393
in het strafproces	375-382
bewijsrecht	
aannemelijkheid	343-348, 414, 415
betrouwbaarheid	340
bewijskracht	328
bewijsvermoedens	349-354
bewijswaardering	330, 345
bij toepassing van art. 36e lid 2 Sr	324-355, 398-403, 573
bij toepassing van art. 36e lid 3 Sr	356-368, 404-427, 574
feiten en omstandigheden van algemene bekendheid	329, 349-351
voldoende aanwijzingen	331, 343-348
wettige bewijsmiddelen (art. 51 lf Sv)	327-329
bewijsrisico	370-374, 376, 378, 379, 387, 399, 414
bewijsvoeringslast	374, 379-381, 387, 399
<i>Bruttoprinzip</i>	89, 109, 112, 118, 278, 407

causaliteit	
causaal verband tussen feit en voordeel	295-318
relativering van de –	231, 232
civiele recht, verwevenheid met het –	114-117
Commissie Vermogensstraffen	65-69
concept-wetsvoorstel	507-511, 553-557
consumptie	303
vervolgprofijt en –	317-318
<i>corrective justice</i>	50-56, 124
<i>criminal charge</i>	135, 136, 390, 391, 431
daadwerkelijke verkrijging van het voordeel	236-237
derde variant	144-148
draagkrachtproblematiek	458-511, 577, 578
draagkrachtverweer, verwerping van een –	469
eerste variant	141
erfgenamen, tenuitvoerlegging onder –	206-214
Europese Unie	25
EVRM	
art. 6	135-136
art. 7	131-134
externe rechtsvergelijking	7-8
FATF	24
feitelijk voordeelsbegrip	242
fiscaal recht	
bewijslastverdeling	428-432
kostenafrek	288-293
formele beletselen	182-185
gemengde kosten	286-287
gestolen juwelen-arrest	258-259
gijzeling	538-542
herziening van een ontnemingsmaatregel	451
hoofdelijke aansprakelijkheid	237
in rechte toegekende vorderingen	446-450
intenties, rol van – bij de waardering van voordeel	256

internationale rechtspolitieke visie	27-35
interne rechtsvergelijking	9-10
interpretatie, wetshistorische –	4-6
investeringen	282-285
‘kan worden opgelegd’	145-148, 569
karakter	559-566
kasopstelling	363
kostenaftrek	269-294
criteria voor –	275-278
fiscale benadering	288-293
gebruik van duurzame activa (investeringen)	282-285
gemengde kosten	286-287
voorbereidingskosten	279-281
leedtoevoeging	96-103
lijfswang	538-542
limiterende werking van het rechtsherstel	121-124
materiële beletselen	186-193
matigingsgronden	
afroomboete	457, 561, 579
draagkracht	458-511, 577, 578
grondslag	516-517, 563
ne bis in idem	456
ontbreken van georganiseerde criminaliteit	515
redelijke termijn	512, 513
vordering benadeelde	435-455, 561, 579
vordering als plafond	514
meritocratie	35
nalatenschap	
aanvaarding, (beneficiaire) een –	209
tenuitvoerlegging op een –	206-214
verwerping van een –	209
ne bis in idem	159-176, 570
art. 68 Sr	166-172
ne bis in idem-beginsel	164-165, 173-175
beginselen van een goede procesorde	173-174
<i>nemo tenetur</i>	402, 420, 575

<i>Nettoprinzip</i>	89, 109-111, 278
niet-soortgelijke feiten	144
<i>non liquet</i>	370, 371, 373
normatieve werking, normatief-reparatoir	102, 103, 126, 545-548
objectieve gegevens	341, 349-353
objectivering van de waarderingsmethode	261-265
omkering van de bewijslast	371, 382, 429
omzetting	16
onderscheid tussen straf en maatregel	95-108
ongerechtvaardigde verrijking	115
onschuldpresumptie	194-196, 199-204, 212-214, 383-389
ontneming na niet-veroordeling	177-205, 571
ontnemingsprocedure	123, 402, 493, 564, 575, 578, 581
ontnemingsrichtlijn	
kostenaf trek in de –	275, 279, 280, 282-284
waarderingsmethode in de –	249-253, 266
ontnemingsvordering	339
onttrekking aan het verkeer	104, 119, 283-285
opkomst	
van de ontnemingsmaatregel	59-82
van het <i>Verfall</i>	83-90
overlijden betrokkene	206-214
overschrijding van de redelijke termijn	512, 513
<i>penalty</i>	131-134
piano	315
pitbullwetgeving	288-293
pluk ze	1
preventie	99, 106
primair voordeel	297
procedure van art. 577b lid 2 Sv	451
<i>quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme</i>	110, 111
RAC-werkgroep	73-77
rechtseconomie	37-49
rechtstreeks benadeling	443-445

rechtsvergelijking	
externe –	7-8
interne –	9-10
<i>rechtswidrige Tat</i>	86, 112, 118, 122
rechtvaardigheid	
Aristoteliaanse –	52-55
<i>corrective justice</i>	50-56
vereffende –	50-56
redelijke termijn	512, 513
relativering	
van de causaliteit	231-232
van de onrechtmatigheid	305-306
van de wederrechtelijkheid	304-312
schadebegrip	227-228, 241
schadevergoeding	
jurisprudentie van het EHRM over –	198-204
matiging van –	481-483
schadevergoedingsmaatregel	100
schatting van het voordeel	239-244
schikking	171-172
schorsing van de vervolging	185
<i>Schuldprinzip</i>	109, 112
schuldsanering	501-503
slachtoffer, zie benadeelde	
soortgelijke feiten	142-143
straf en maatregel, onderscheid tussen –	95-108
strafbaar feit	157-158
tegen(deel)bewijs	374, 416
tenuitvoerlegging	
na overlijden betrokkene	206-214
van de vervangende hechtenis	467, 471, 472
toerekening van voordeel	238
tussenvonnissen	401, 409, 575
tweede variant	142-143
<i>unbillige Härte</i>	122, 477-479
<i>undue delay</i>	512, 513
<i>Unschuldsvermutung</i>	4096

vaststelling van het voordeel	239-244
verbeurdverklaring	98, 283-285
verdedigingsrechten	387, 401, 419
verdrag	
Weense – (VN)	14-17
Straatsburgse – (Raad voor Europa)	18-22
vergelding	97
verklaringsvrijheid	402, 420
verkrijging van het voordeel	234-238
vermenging	16
vermogensvergelijking	363
vervangende hechtenis	
bevel tot –	524
duur van de –	525, 526
jeugdigen en –	528-530
het karakter van de –	532-552, 565
penitentiair programma en –	526
verval van de –	527
vervolging	166-170, 183-185
vervolgprofijt	313-318
verwijtbaarheid	104-105, 118-120, 191-192
voldoende aanwijzingen	331, 343-348
voorbereidingskosten	279-281
voordeel	
daadwerkelijke verkrijging van het –	236-237
toerekening van –	238
vaststelling van het –	239-244, 572
verkrijging van het –	234-238
waardering van het –	246-268
wederrechtelijkheid van het –	229-233
voordeelsbegrip	
bedrijfseconomische benadering	245
besparing van kosten	298-302
bewijsrechtelijke aspecten	354
feitelijk –	242
primair voordeel	297
verhouding met schadebegrip	438-442
vervolgprofijt	313-318
waarderingsmethode	560
wet(s)geschiedenis)	218-220

voordeelsontneming	
in het commune strafrecht	65-71, 86-87
in het economische strafrecht	60-64, 84-85
vordering benadeelde	435-455, 561
waarderingsmethode	246-268, 560
bijzondere –	267-268
objectivering van de –	261-265
wederrechtelijkheid, relativering van de –	304-312
Werkgroep-Schutte	77-79
werking van de straf	99
Wet op de economische delicten	62-64
Wet Vermogenssancties	70-71
Wet confiscatie crimineel vermogen	81
wetshistorische interpretatie	4-6
winstafdracht	116
witwassen	28-33, 309
Zegwaard	194-197

Uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor procesrecht

Adviezen aan de Awb-wetgever

R.M. van Male en B.W.N. de Waard (red.)

Bewijsrecht in het sociaal recht

W. Plessen (red.)

Rechtsmiddelen van de toekomst

H.E. de Boer, W.H. van Boom en J. de Hullu (red.)

Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht

B.W.N. de Waard

Rechtsvinding

E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (red.)

Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering

J.G.A. Linssen en J.B.M. Vranken (red.)

Het EVRM en de onpartijdige strafrechter

M.I. Veldt

Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid

B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen en T.H.D. Struycken (red.)

In Beroep. Een onderzoek naar het aanwenden van rechtsmiddelen in het strafrecht
en een vergelijking met het instellen van bezwaar en beroep in de Awb

H.K. Elzinga

De Hoge Raad op de hei.

Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie:
een analyse en denkrichtingen voor de toekomst

J.M. Barendrecht

Botsende Belangen.

De afweging tussen mobiliteit en verkeersveiligheid bij de instelling van de rij-
bevoegdheid

K.E. van Tuijn

Het verstek in strafzaken

M.J.A. Plaisier

Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces
J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.)

Coördinatie voor rechtspraak
F.M. Köhne

De redelijke termijn
met name in het bestuursrecht
A.M.L. Jansen

Coördinatie van rechtspraak
Michiel Köhne

Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context
E.M. Vermeulen

De ontnemingsmaatregel
Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel
ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van
Strafrecht)
M.J. Borgers

Curriculum vitae

Matthias Johannes Borgers werd geboren op 18 maart 1973 te Dronten. Na het doorlopen van het Christelijk Gymnasium te Utrecht studeerde hij Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Limburg (thans: Universiteit Maastricht). In 1996 studeerde hij af in de richtingen strafrecht en privaatrecht. Van 1 september 1996 tot 15 januari 2001 was hij in dienst van NWO/REOB als onderzoeker-in-opleiding en verbonden aan het Schoordijk Instituut van de Katholieke Universiteit Brabant. Thans is hij werkzaam als advocaat (Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag).

